

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

DENUNCIANTES : INSTITUTO DE DERECHO ORDENADOR DE MERCADO
CAUDAL – INSTITUTO DE PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR
INSTITUTO PROYECTO SOLIDARIO GLOBAL
ASOCIACIÓN CIVIL CONSTRUCTORES DE PAZ
ASOCIACIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL
PERÚ
ASOCIACIÓN CIVIL MÁS QUE CONSUMIDORES
DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR
CENTRO DE PROTECCIÓN AL CIUDADANO EQUIDAD
CONSUMERS ASSOCIATED
JUAN CARLOS VALLEJOS ARRIETA

DENUNCIADA : NESTLÉ PERÚ S.A.¹

MATERIAS : PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS DE ENGAÑO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE PRODUCTOS LÁCTEOS

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, a través de la cual la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal halló responsable a Nestlé Perú S.A. por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contenido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Esta decisión se sustenta en el hecho de que los elementos publicitarios difundidos por Nestlé Perú S.A. en el empaque del producto “Reina del Campo” trasladaban el mensaje de que sería “leche de vaca” (en este caso, evaporada), pese a que ello no era cierto, pues el mencionado producto contenía insumos que conforme a los parámetros objetivos establecidos en el Codex Alimentarius - aplicables al presente caso- no permitían que fuese presentado como “leche de vaca”.

Por otro lado, se MODIFICA la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, en el extremo que impuso a Nestlé Perú S.A. una multa de

¹ Identificada con RUC: 20263322496.

quinientos uno punto noventa y uno (501.91) Unidades Impositivas Tributarias y, reformándola, se sanciona a tal empresa con una multa ascendente a trescientos cuatro punto ochenta y nueve (304.89) Unidades Impositivas Tributarias. Para tales efectos, se ha considerado el beneficio ilícito obtenido durante el período infractor objeto de evaluación en este procedimiento y la probabilidad de detección que corresponde a la infracción cometida.

SANCIÓN: TRESCIENTOS CUATRO PUNTO OCHENTA Y NUEVE (304.89) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS.

Lima, 26 de diciembre de 2018

I. ANTECEDENTES

Expediente 098-2017/CCD

1. El 6 de junio de 2017, Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Caudal – Instituto de Protección al Consumidor, Instituto Proyecto Solidaridad Global, Asociación Civil Constructores de Paz, Asociación de Protección al Consumidor del Perú, Asociación Civil Más que Consumidores, Defensoría del Consumidor, Centro de Protección al Ciudadano Equidad y Consumers Associated (en adelante las asociaciones) denunciaron a Nestlé Perú S.A. (en adelante Nestlé) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante Ley de Represión de la Competencia Desleal). Al respecto, las asociaciones señalaron lo siguiente:
 - (i) El 2 de junio de 2017, los medios de comunicación dieron a conocer que el producto denominado “Reina del Campo” elaborado por Nestlé no cumpliría con los parámetros dispuestos en la norma Codex Stan 1-1985, y que la etiqueta de este producto tendría elementos capaces de inducir a los consumidores a considerar que sería totalmente leche.
 - (ii) Nestlé comercializa el producto leche “Reina del Campo” con una etiqueta compuesta por la imagen de dos vacas en un campo, además de una mujer con un recipiente y un balde con líquido blanco y la consignación del término “leche”, por lo que un consumidor razonable pensará que está adquiriendo leche de vaca.

- (iii) En consecuencia, se debe sancionar a Nestlé y ordenar que dicha empresa asuma el pago de las costas y costos incurridos en el procedimiento. Por otra parte, solicitaron que se les otorgue un porcentaje de la multa, en mérito a los respectivos convenios de cooperación firmados con el Indecopi.
2. Mediante Resolución s/n del 7 de junio de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite esta denuncia e imputó a Nestlé la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de publicidad en el empaque del producto “Reina del Campo” que contiene las siguientes imágenes: (i) dos vacas en el campo, (ii) una mujer con un recipiente y (iii) un balde que contendría leche; lo cual daría a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando ello no sería cierto.
3. El 10 de julio de 2017, Nestlé presentó sus descargos y señaló lo siguiente:
- (i) De la revisión de la resolución de imputación de cargos, se aprecia que la Secretaría Técnica de la Comisión no consideró el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual contiene la prohibición de todas las conductas desleales que se produzcan en el mercado. En tal sentido, la autoridad se ha apartado de lo indicado en el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI, el cual señala que un posible acto de competencia desleal debe imputarse considerando la cláusula general.
- (ii) La denuncia no indica de qué forma la presencia de las imágenes cuestionadas daría a entender que el producto “Reina del Campo” estaría constituido exclusivamente por leche de vaca, considerando que la denominación consignada en la cara frontal del empaque señala expresamente *“Leche evaporada, parcialmente descremada con maltodextrina, suero de leche y aceite vegetal enriquecida con vitaminas y minerales”*. Además, en ninguna parte de la publicidad se ha mencionado que el producto se encuentre elaborado únicamente con leche de vaca.
- (iii) En caso la denuncia fuese declarada fundada, se impediría a los agentes económicos destacar en su publicidad la presencia de un determinado ingrediente, más aún tratándose de un elemento principal del producto.
- (iv) Mediante la Resolución 215-2009/CCD-INDECOPI, la Comisión señaló que el uso del término “leche enriquecida” en la publicidad de un suplemento nutricional no inducía a error a los consumidores, pues dicho insumo sí estaba

presente en el producto. De esta forma, se concluye que es posible emplear el término “leche” incluso cuando el producto no cuente con el 100% del referido ingrediente.

- (v) A través de la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI, la Comisión indicó expresamente que el uso de la imagen de una vaca en la publicidad de los productos “Pura Vida” no constituye un acto de engaño, aun cuando estos no coincidían con la definición de “leche” contenida en el *Codex Alimentarius*.
- (vi) Por su parte, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) indicó en la Resolución 667-2013/SDC-INDECOPI que la presentación de un producto como “leche evaporada” no es exclusiva de la “leche de vaca”.
- (vii) La Dirección General de Salud Ambiental (en adelante Digesa), en el Informe 005376-2014/DHAZ/DIGESA, señaló que los productos con componente lácteo que además tenían ingredientes no lácteos, llevarían en su denominación el término “leche” seguido de la descripción de sus insumos. Dichas disposiciones fueron observadas al momento de elaborar la publicidad cuestionada.

Expediente 193-2017/CCD

- 4. El 24 de agosto de 2017, el señor Juan Carlos Vallejos Arrieta (en adelante el señor Vallejos) denunció a Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- 5. Al respecto, el señor Vallejos indicó que la denunciada difundía publicidad en el empaque del producto “Reina del Campo” dando a entender que este era leche de vaca, cuando ello no resultaba cierto. Al respecto, mencionó que en el mencionado empaque se observa la presencia de imágenes de vacas junto a las frases “*Leche Reina del Campo no sustituye a la leche materna*” y “*Diluir en cantidades iguales de la leche evaporada Reina del Campo*”.
- 6. Mediante Resolución s/n del 20 de septiembre de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Nestlé la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de publicidad en el empaque del producto “Reina del Campo”, en el cual se destaca la imagen de dos

vacas, así como las frases “*Leche Reina del Campo no sustituye a la leche materna*” y “*Diluir en cantidades iguales de la leche evaporada Reina del Campo*”, las cuales darían a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, pese a que no sería cierto.

7. El 4 de octubre de 2017, Nestlé presentó sus descargos y reiteró lo señalado en el Expediente 098-2017/CCD. Adicionalmente, la empresa denunciada indicó que la Comisión debía declarar improcedente esta denuncia, pues vulneraba el principio de *non bis in ídem* en su vertiente procesal, al existir la triple identidad entre el procedimiento tramitado bajo el Expediente 098-2017/CCD y el presente caso.
8. Mediante Resolución s/n del 20 de noviembre de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión dispuso la acumulación del procedimiento seguido en el Expediente 193-2017/CCD al Expediente 098-2017/CCD.
9. El 6 de diciembre de 2017, se llevó a cabo una audiencia de informe oral con la presencia de los representantes de Nestlé, en donde se reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.
10. El 20 de diciembre de 2017, Nestlé presentó sus alegatos finales y solicitó la realización de una nueva audiencia de informe oral y la emisión de un informe técnico elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión.
11. Mediante Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, la Comisión declaró fundada la denuncia contra Nestlé por la comisión de actos de engaño, sancionándola con una multa ascendente a quinientos uno punto noventa y uno (501.91) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT) y ordenó una medida correctiva². La primera instancia sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:
 - (i) La tipificación realizada en la imputación de cargos resulta acorde a los términos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pues se debe encausar la conducta al supuesto específico contenido en la legislación. Ello permitió el ejercicio adecuado del derecho de defensa, debido a que Nestlé

² La Comisión ordenó una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto “Reina del Campo” que dé a entender a los consumidores que el referido producto es leche de vaca mediante el uso de imágenes del referido animal vacuno y/o la utilización de la imagen de una señora en el campo con sombrero y cántaros, y ello no sea cierto. Asimismo, dispuso que Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Asociación de Protección al Consumidor del Perú y Asociación Civil Más que Consumidores participen, de manera proporcional, del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta y condenó a Nestlé al pago de las costas y costos incurridos por las asociaciones en el presente caso.

pudo contradecir las denuncias presentadas en atención al tipo infractor imputado. Cabe señalar que dicho razonamiento ha sido expuesto en la Resolución 3156-2012/SDC-INDECOPI, emitida con posterioridad a la Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI.

- (ii) Por otro lado, uno de los presupuestos para la aplicación del principio *non bis in ídem* es la existencia de un pronunciamiento final sobre la materia controvertida que es cuestionada en un segundo procedimiento. En el presente caso, el procedimiento tramitado bajo el Expediente 193-2017/CCD inició de manera previa a la existencia de un pronunciamiento respecto del Expediente 098-2017/CCD (en el que se interpuso la primera denuncia contra Nestlé), por lo que no correspondía recurrir al principio antes mencionado, sino proceder a la acumulación de procedimientos.
- (iii) Corresponde realizar la evaluación de este caso conforme a lo expuesto en el primer informe oral, así como los documentos presentados a lo largo del procedimiento, los cuales fueron puestos de conocimiento a dicho Colegiado en su oportunidad. Por ello, no resulta razonable conceder nuevamente el uso de la palabra a Nestlé.
- (iv) De acuerdo con los artículos 25, 26 y 42 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión tiene la facultad de solicitar a la Secretaría Técnica la realización de un informe técnico. Sin embargo, en el presente caso existe claridad sobre la controversia, por lo que se considera que no es necesario requerir la emisión de dicho informe.
- (v) En la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI se evaluó una campaña publicitaria, realizándose un análisis general de las distintas presentaciones del producto “Pura Vida”, para determinar si estas poseían una composición homogénea, lo cual difiere del presente caso, en el que se está evaluando la publicidad de un solo producto para establecer si en efecto puede anunciarse como leche.
- (vi) En la Resolución 215-2009/CCD-INDECOPI se analizó la publicidad del producto “Gain Plus Advance” para determinar si se comercializaba como “una leche enriquecida con una combinación de nutrientes” pese a que estaría clasificado como un “suplemento nutricional”, lo que evidencia que los hechos evaluados en ese caso son distintos a los evaluados en el actual procedimiento.

- (vii) De la revisión integral y superficial del anuncio cuestionado, se observa que traslada el mensaje consistente en que el producto “Reina del Campo” es leche de vaca. La mención de los demás ingredientes en el empaque no influye en lo transmitido respecto a la naturaleza del producto publicitado, pues el uso de la imagen de dos vacas, una mujer con un cántaro y un sombrero junto a otro cántaro donde se está vertiendo un líquido blanco, así como la inclusión de las frases “*La leche Reina del Campo no reemplazará a la leche materna*” y “*Diluir cantidades iguales de leche evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia*”, generan una vinculación natural que refuerza el mensaje antes indicado.
 - (viii) La frase “*Leche evaporada parcialmente con maltodextrina, suero de leche y aceite vegetal enriquecida con vitaminas y minerales*” consignada en el empaque de “Reina del Campo”, corresponde a su rotulado, por lo que no forma parte de la publicidad analizada. No obstante, aun en el supuesto de que dicho elemento sea analizado, solo evidenciaría una información contradictoria con el mensaje principal.
 - (ix) El Informe 005376-2014/DHAZ/DIGESA hace una distinción entre leche, producto lácteo y producto lácteo compuesto. De la revisión de dicho documento, se aprecia que este generaba certeza a Nestlé que su producto no era leche, por lo que debió tomar las medidas para evitar inducir a error a los consumidores sobre la naturaleza del producto mediante la publicidad.
 - (x) Con relación a la graduación de la sanción, se cuenta con información de los ingresos obtenidos durante el período infractor y antes de la difusión del mensaje engañoso, por lo que la diferencia será el beneficio ilícito obtenido por Nestlé. Asimismo, se observa que la probabilidad de detección del acto infractor es del 90%, debido a que la publicidad fue difundida en un medio de alta llegada al consumidor, como es el empaque del producto.
12. El 26 de enero de 2018, Nestlé apeló la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI, solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral y señaló lo siguiente:
- (i) La Comisión vulneró los principios de confianza legítima y buena fe procedimental, al no tener en cuenta los criterios adoptados en las Resoluciones 061-2010/CCD-INDECOPI, 215-2009/CCD-INDECOPI, 220-2009/CCD-INDECOPI, 061-2010/CCD-INDECOPI y 687-2013/SDC-INDECOPI. Estos pronunciamientos demuestran que es posible destacar uno

de los ingredientes del producto “Reina del Campo”, como es el caso de la leche de vaca.

- (ii) Asimismo, la primera instancia vulneró el debido procedimiento, debido a que contravino el principio de *non bis in ídem* en su vertiente procesal, pues no es posible procesar dos veces a un sujeto por iguales hechos y fundamento. En el presente caso, la denuncia del señor Vallejos es contra la misma empresa denunciada por las asociaciones, por el mismo tipo infractor (actos de engaño) y la misma conducta (la difusión de publicidad en el empaque del producto “Reina del Campo” que daría a entender que es “leche de vaca” cuando ello no sería cierto). En consecuencia, correspondía declarar improcedente la denuncia del señor Vallejos y no acumular los procedimientos.
- (iii) Se habría vulnerado el debido procedimiento en tanto se denegó una segunda audiencia de informe oral.
- (iv) Al respecto, en el primer informe oral, uno de los miembros de la Comisión consultó sobre la denominación del producto, materia discutida ante la Comisión de Protección al Consumidor 2 del Indecopi (en adelante CC2). Posteriormente, este órgano resolutorio emitió un pronunciamiento sancionando a Nestlé por presuntamente no consignar en el etiquetado de “Reina del Campo” una denominación acorde con su naturaleza.
- (v) La mencionada decisión de la Comisión de Protección al Consumidor 2 condicionó el accionar de la primera instancia en este procedimiento, por lo que era necesario citar nuevamente a informe oral.
- (vi) Durante la tramitación en primera instancia, solicitó la emisión de un informe técnico, de conformidad con el artículo 42 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el artículo 253 del Decreto Supremo 006-2017-JUS – Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la Ley 27444), lo cual fue denegado, dejando de lado esta disposición garantista.
- (vii) Por otro lado, la Secretaría Técnica de la Comisión calificó la conducta denunciada como un presunto acto de engaño en el marco del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, sin considerar que el artículo 259 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina tipifica esta infracción. En tal sentido, se debió imputar también la norma comunitaria antes indicada y, en

consecuencia, solicitar una interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Cabe señalar que este tipo de imputación ya se realizó en el procedimiento recaído en el Expediente 235-2017/CCD.

- (viii) La Secretaría Técnica de la Comisión se apartó del precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI, pues no incluyó en su imputación de cargos la presunta violación a la cláusula general. Si bien el referido precedente aborda el contenido de una norma anterior, el razonamiento es aplicable a todos los procedimientos de represión de la competencia desleal. Por lo tanto, al imputar únicamente el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la primera instancia ha contravenido el debido proceso.
- (ix) Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión no ha realizado una evaluación integral y superficial de la publicidad en el empaque del producto “Reina del Campo”, pues omitió considerar que debajo de las imágenes de las dos vacas y la mujer sosteniendo un cántaro con líquido blanco, se señala la denominación del producto. Ello informa claramente la naturaleza de tal producto, el cual tiene como uno de sus ingredientes leche evaporada parcialmente descremada.
- (x) La interpretación de la Comisión es incorrecta, pues en ninguna parte de la publicidad analizada se han consignado frases como “únicamente leche de vaca” o “100% leche de vaca”. Adicionalmente, en la medida que la primera instancia no contó con un estudio respecto a la percepción que generaría en el consumidor la publicidad evaluada, se advierte que dicho colegiado realizó una interpretación arbitraria de la publicidad.
- (xi) La medida correctiva ordenada por la Comisión no era necesaria, pues previamente al pronunciamiento de la primera instancia, se modificó la publicidad en empaque del producto “Reina del Campo”, eliminando la imagen de las dos vacas en el campo y consignando la denominación “mezcla láctea”. Asimismo, no se ha dispuesto un plazo para el cumplimiento de esta medida, pues no es posible hacer un cambio inmediato de la publicidad en etiqueta.
- (xii) Al momento de calcular el beneficio ilícito para determinar la sanción a imponer, la Comisión incurre en dos errores. El primero de ellos es considerar como fin del período infractor, el mes de notificación de la denuncia del señor Vallejos, cuando correspondería que sea el mes en el cual se le notificó la

denuncia de las asociaciones, por ser esta anterior. El segundo es el empleo **[CONFIDENCIAL]** como beneficio ilícito, sin tener en cuenta la existencia de otros factores de competitividad que podrían haber influido en el aumento de las ventas, como por ejemplo, los cambios en la demanda, patrones de consumo, el crecimiento económico, entre otros.

- (xiii) La Sala debe tener en cuenta lo señalado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi en el Informe 111-2017/GEE, en el cual se señala que el beneficio ilícito está comprendido por las utilidades netas obtenidas por los infractores. En cuanto a la probabilidad de detección, esta debe ser del 100% pues la publicidad se difundió en el propio empaque del producto, facilitando que la autoridad pueda detectar la conducta.
 - (xiv) Finalmente, la presunta infracción fue calificada como “grave”, por lo que la multa debió ser de máximo 250 UIT, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Sin embargo, se impuso una sanción superior al doble del límite legal.
13. El 18 de septiembre de 2018, se llevó a cabo la audiencia de informe oral ante la Sala, en la cual asistieron los representantes de Nestlé y las asociaciones. En dicha oportunidad, Nestlé reiteró los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.
14. El 21 de septiembre de 2018, Nestlé presentó el libro denominado “La Ruta de La Leche” y copia del Registro Sanitario A3000114N/NANSPR.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

15. Conforme a los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala lo siguiente:
- (i) Determinar la validez de la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI;
 - (ii) analizar si Nestlé cometió actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, por la difusión de publicidad de su producto “Reina del Campo”;
 - (iii) de ser el caso, evaluar la validez de la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI en el extremo referido a la graduación de la sanción; y,
 - (iv) de corresponder, determinar la sanción a imponer a Nestlé.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Sobre la validez de la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI

16. En su recurso de apelación, Nestlé señaló que la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI sería nula debido a que contravendría los principios de confianza legítima y buena fe procedimental³. Al respecto, realizó los siguientes cuestionamientos:
- (i) La Comisión emitió un pronunciamiento sin tener en consideración las Resoluciones 061-2010/CCD-INDECOPI, 215-2009/CCD-INDECOPI, 220-2009/CCD-INDECOPI y 687-2013/SDC-INDECOPI, de las cuales se podía desprender que resultaba lícito incluir en publicidad la imagen de una vaca cuando se busque resaltar el ingrediente “leche” en los productos anunciados.
 - (ii) La Comisión no debió acumular los procedimientos tramitados en los Expedientes 098-2017/CCD (iniciado por las asociaciones) y 193-2017/CCD (iniciado por el señor Vallejos), sino declarar improcedente la denuncia formulada en este último procedimiento. Al haber hecho lo contrario, la primera instancia contravino el principio *non bis in ídem* procesal.

³ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo.

1.- El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...)

- (iii) La Comisión denegó la solicitud de informe oral planteada luego de que la CC2 emitiera un pronunciamiento referido al rotulado del producto “Reina del Campo”, lo cual resultaba necesario considerando que un miembro de la Comisión realizó una pregunta sobre el término “leche”.
 - (iv) La primera instancia no solicitó a su Secretaría Técnica la emisión de un informe técnico, pese a que ello se encuentra legalmente recogido en el TUO de la Ley 27444 y la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
 - (v) La Secretaría Técnica de la Comisión no subsumió la conducta imputada en el artículo 259 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, ni en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
17. En tal sentido, corresponde a la Sala evaluar cada uno de estos cuestionamientos, para determinar si existe un vicio de nulidad en la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI.

III.1.1 Sobre los pronunciamientos anteriores alegados por Nestlé

18. El artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444 recoge los principios de confianza legítima y buena fe procedimental⁴.
19. Siendo así, la autoridad debe guardar concordancia y uniformidad en sus actuaciones, para que los administrados puedan conocer de manera predecible los resultados de los respectivos procedimientos. Asimismo, todos los partícipes del procedimiento deberán realizar sus actos procedimentales guiados por la buena fe, lo cual significa, además, que las entidades competentes no pueden ir en contra de sus propios actos, salvo en aquellos casos de revisión de oficio.
20. Lo anterior implica que, en supuestos similares, los administrados serán sometidos a procedimientos equivalentes bajo las mismas reglas. Esto resulta de central relevancia para que los ciudadanos puedan conocer de antemano la forma en la que podría actuar la autoridad frente a determinados comportamientos y las consecuencias jurídicas asignadas en función a la normativa aplicable. De esta manera, los administrados se deberán conducir de buena fe, realizando sus actividades conforme a los parámetros pertinentes que haya establecido la entidad competente, los cuales son pasibles generar una confianza amparable con relación a su legalidad.

⁴ Ver pie de página anterior.

21. Sin embargo, existen situaciones en las cuales lo decidido por la autoridad respectiva en un caso previo no resulta trasladable a una conducta posterior, en función a los alcances del pronunciamiento anterior o el reexamen que pueda efectuar la entidad, en ejercicio de sus atribuciones. En tal sentido, se pueden dar dos escenarios:
- (i) La administración puede encontrarse ante un supuesto de hecho distinto, con características peculiares que difieren de los anteriores pronunciamientos, por lo que podrían existir diferencias entre el análisis y las conclusiones del caso evaluado y de aquel anteriormente resuelto.
 - (ii) La administración puede encontrarse ante un supuesto igual al analizado en anteriores oportunidades, pero opta por elaborar un cambio de criterio, el cual debe ser motivado para evitar arbitrariedad en su decisión.
22. Resulta entonces de especial importancia constatar si existen o no elementos diferenciadores entre lo evaluado en este procedimiento y los pronunciamientos citados por la empresa apelante. Cabe resaltar que, únicamente si los casos antes indicados son equivalentes, sería posible considerar que -en principio- las decisiones mencionadas en el literal (i) numeral 16 de esta resolución, podrían haber generado confianza legítima a la imputada en su actuación en el mercado y correspondería determinar: (i) si se ha aplicado un regla o interpretación distinta, y (ii) si este eventual cambio de criterio consta de forma clara y motivada en el referido pronunciamiento.
23. Ahora bien, de la revisión de las cuatro resoluciones invocadas por Nestlé en su apelación, se observa lo siguiente:
- (i) Mediante la Resolución 215-2009/CCD-INDECOPI⁵ se constató la veracidad de la publicidad televisiva del producto “Gain Plus”, en la cual se indicaba que era una “leche enriquecida”. En dicha oportunidad, de acuerdo con el mensaje imputado, se analizó si era posible anunciar este producto como “leche enriquecida” pese a contar con la denominación “suplemento nutricional”.

⁵ Emitida en el Expediente 020-2009/CCD.

- (ii) En cuanto a la Resolución 220-2009/CCD-INDECOPI⁶, la imputación efectuada estuvo referida a la presunta falta de veracidad del mensaje consistente en que el producto “Enfagrow Premium” sería una “leche formulada”, por lo que se analizó si era posible publicitar el mencionado producto de dicha manera, en atención a sus componentes.
- (iii) En el caso de la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI⁷ se evaluó un presunto acto de engaño que, conforme a la respectiva imputación de cargos, consistiría en haber dado a entender que las diversas presentaciones del producto “Pura Vida” tenían una composición homogénea y podían ser consideradas como “leche”.

Sobre dicha base, la autoridad analizó el mensaje difundido en una campaña publicitaria del producto “Pura Vida”, la cual estaba referida a cuatro (4) presentaciones distintas (caja, bolsa, lata y sobre), sin perjuicio de que el presunto acto de engaño imputado se encontraba circunscrito a solo tres presentaciones (caja, bolsa y lata). Cabe señalar que la referida campaña publicitaria se conformaba por dos anuncios televisivos y tres anuncios difundidos a través de los distintos empaques del producto “Pura Vida”.

- (iv) En cuanto a la Resolución 0687-2013/SDC-INDECOPI⁸, se observa que en dicha oportunidad se evaluó si, al publicitar el producto “Soy Vida” como “leche evaporada”, el referido anuncio daba a entender que era leche de vaca, cuando en realidad se trataba de “leche de soya”. En dicho caso, fue objeto de análisis si el empleo de la frase “leche evaporada”, en tal contexto, transmitía el mensaje de que el alimento anunciado tenía origen animal (leche de vaca)

24. Como se puede observar, en los pronunciamientos reseñados en los puntos (i) y (ii) del numeral anterior se evaluaron anuncios referidos a productos diferentes (“Gain Plus” que contaba con la denominación de “suplemento nutricional” y “Enfagrow Premium” con la denominación de “preparado alimenticio complementario para lactantes de más edad y niños pequeños”) con respecto al alimento publicitado en este caso. Asimismo, también se constata que los mensajes presuntamente engañosos no resultan ser los mismos, pues en las

⁶ Emitida en el Expediente 027-2009/CCD.

⁷ Emitida en el Expediente 145-2009/CCD.

⁸ Emitida en el Expediente 070-2012/CCD.

Resoluciones 215-2009/CCD-INDECOPI y 220-2009/CCD-INDECOPI se analizaron anuncios que presentaban a los productos como “leche enriquecida” y “leche formulada”, mientras que el mensaje engañoso imputado en este caso versa sobre el hecho de que Nestlé -a través de diversas imágenes y afirmaciones consignadas en su empaque⁹- habría transmitido en el mercado que su producto “Reina del Campo” es “leche de vaca”.

25. En segundo lugar, el procedimiento señalado en el punto (iii) del numeral 23 también se trata de un producto distinto con una presentación particular, por lo que las conclusiones referidas al mensaje transmitido en dicha oportunidad y su veracidad no necesariamente son trasladables al presente caso.
26. Además, es importante tener en cuenta que en aquel procedimiento se cuestionó una campaña publicitaria en su totalidad, la cual comprendía diversos anuncios y un mensaje unificador, analizando inclusive si la semejanza en las distintas presentaciones del producto publicitado en tal campaña podía influir en la inducción a error en el consumidor. En consecuencia, lo evaluado en el procedimiento que dio lugar a la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI resulta distinto al presente caso, cuya cuestión controvertida está centrada en determinar la veracidad del mensaje transmitido específicamente mediante el empaque de un producto diferente.
27. Por otra parte, es pertinente indicar que los pronunciamientos señalados en los puntos (i), (ii) y (iii) del numeral 23 de esta resolución, tampoco serían aptos para reflejar el criterio que esta Sala podría tener en casos de publicidad en envase de alimentos, ya que se tratan de procedimientos que concluyeron ante la Comisión.
28. En cuanto al caso reseñado en el punto (iv) del numeral 23 de la presente resolución, está relacionado a un producto distinto, pues de acuerdo con lo indicado en el referido procedimiento, “Soy Vida” era “leche de soya”. Además, el análisis se realizó sobre un anuncio difundido mediante un panel publicitario ubicado en la vía pública y consistió en determinar si el empleo la frase “leche evaporada”, en el contexto propio de dicho anuncio, podía aludir a la leche de vaca. Cabe resaltar que la denuncia presentada fue desestimada, considerando entre sus argumentos, que una revisión integral de la publicidad cuestionada permitía

⁹ El empaque cuestionado contiene una ilustración que representa a una mujer con un cántaro con líquido blanco, así como un fondo compuesto por un campo verde e imágenes de vacas. Asimismo, en las partes laterales del empaque se incluyeron las frases “Diluir cantidades iguales de la Leche Evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia o fría” y “La leche Reina del Campo no reemplaza la leche materna y no debe ser usada para alimentar a niños menores de 24 meses”.

observar que debajo de la identificación del producto, se indicaba que tal producto era “leche de soya”.

29. A mayor abundamiento, es pertinente recordar que, en materia publicitaria, la evaluación del mensaje difundido se realiza considerando cada anuncio y sus particularidades; por lo que no necesariamente lo analizado en un caso (aunque sea un producto con el que pueda tener algunas similitudes) determinará el contenido de los mensajes difundidos por otras piezas publicitarias, ni mucho menos su veracidad o no.
30. En la medida que se ha constatado la existencia de elementos diferenciadores sustanciales entre los casos invocados por Nestlé y la controversia materia del presente procedimiento, el hecho de que la Comisión no haya considerado tales resoluciones en el análisis de este caso, no denota una vulneración de los principios de confianza legítima o buena fe procedimental. Por ende, al no estar ante el mismo supuesto de hecho que en los casos mencionados, la distinta decisión no constituye algún cambio de criterio o desviación de los principios antes indicados.

III.1.2. Sobre la presunta vulneración del principio de *non bis in ídem*

31. En su recurso de apelación, Nestlé indicó que no correspondía la acumulación del Expediente 193-2017/CCD (iniciado por la denuncia del señor Vallejos) al 098-2017/CCD (iniciado por la denuncia de las asociaciones) y se debía declarar improcedente la denuncia del señor Vallejos, al tratarse de un segundo procesamiento seguido por los mismos hechos, en contravención al principio de *non bis in ídem* en su vertiente procesal.
32. Adicionalmente, a decir de la imputada, la Comisión habría aplicado de forma incorrecta los criterios establecidos en la Resolución 0461-2014/SDC-INDECOPI, pues los procedimientos acumulados por la mencionada resolución derivaban de denuncias que cuestionaban distintos aspectos de una misma publicidad, lo cual difiere de este caso.
33. Al respecto, la referida resolución desarrolla los alcances del principio *non bis in ídem* procesal y cómo se debe proceder en caso concurren dos procedimientos en trámite. En particular, se indica lo siguiente:

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

“17. ASPEC interpuso una denuncia contra Nestlé por la presunta comisión de actos de engaño el 25 de junio de 2012, toda vez que dicha empresa habría difundido afirmaciones

engañosas en la promoción de los chocolates Sublime. Dicha denuncia, se interpuso días después de la denuncia presentada por IDOM contra el mismo administrado, por los mismos hechos y bajo el mismo supuesto de actos de engaño.

18. La Secretaría Técnica de la Comisión admitió la denuncia de ASPEC mediante Resolución s/n del 16 de julio de 2012, bajo el Expediente 108-2012/CCD; y, posteriormente acumuló dicho procedimiento con el seguido por IDOM mediante Resolución s/n del 27 de agosto de 2012.

19. Pese a ello, mediante Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por ASPEC, pues consideró que constituía una vulneración al principio del *non bis in ídem* en su vertiente procesal, debido a que entre la denuncia presentada por IDOM y la denuncia presentada por ASPEC había una identidad de sujeto imputado, hecho y fundamento.

20. Al respecto, tal como ha sido señalado mediante la Resolución 0402-2014/SDC-INDECOPI, la garantía del *non bis in ídem*, como elemento conformante del derecho al debido proceso, vincula a todos los poderes públicos en la medida que configura un límite a la potestad sancionadora estatal en general, al prohibir aquellos excesos en los cuales la autoridad judicial o administrativa establece de manera simultánea o sucesiva una doble persecución o sanción. Para cuya aplicación se debe verificar la concurrencia de tres presupuestos, que son la identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

21. Ciertamente, el principio de la *non bis in ídem* busca evitar que se den dos pronunciamientos contradictorios entre sí. En su vertiente procesal, el referido principio busca evitar que se inicie un nuevo pronunciamiento existiendo previamente una decisión sobre una determinada controversia.

22. En atención a ello, en el presente procedimiento, se evidenciaría una infracción a dicho principio, en caso el procedimiento iniciado como consecuencia de la denuncia interpuesta por IDOM hubiera concluido, con prescindencia si la autoridad de competencia sancionó o no a Nestlé.

23. Sin embargo, en caso dos procedimientos en trámite, guarden conexión entre sí, corresponde que la autoridad disponga su acumulación (...)."

(Subrayado y resaltado agregados)

34. A diferencia de lo señalado en apelación, la referida resolución no versaba sobre la acumulación de dos denuncias que cuestionaran aspectos distintos de una misma publicidad. En dicho caso, la Sala revocó la decisión de la Comisión de declarar improcedente una denuncia presentada por una asociación de consumidores¹⁰ contra Nestlé, pues la interposición de dicha denuncia (que cuestionaba los mismos hechos y los subsumía bajo el mismo tipo infractor que la primera denuncia formulada por otra asociación de consumidores¹¹) no había contravenido el principio de *non bis in ídem*, y dispuso que se continúe con la evaluación de ambas denuncias de forma acumulada, en la medida que aún no existía un pronunciamiento firme respecto de la primera denuncia.

¹⁰ Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC).

¹¹ Instituto de Derecho Ordenador de Mercado (IDOM).

35. En tal sentido, de la precitada resolución se desprende que ante una segunda denuncia referida a un determinado acto de competencia desleal presuntamente cometido por cierto agente en el mercado y cuya dilucidación esté en trámite, corresponderá que dicho procedimiento se acumule al primer expediente iniciado, en la medida que se cumplan con los requisitos legales establecidos.
36. Ahora bien, de acuerdo con las normas que regulan los procedimientos administrativos, se aprecia que el artículo 158 del TUO de la Ley 27444¹² señala que la autoridad dispondrá la acumulación cuando existe conexidad entre dos o más procedimientos en trámite. Así, en el presente caso, se observa que en ambos procedimientos se denunció a Nestlé por la misma publicidad y atendiendo a un determinado mensaje infractor (que el producto “Reina del Campo” sería “leche de vaca”).
37. Cabe señalar que el hecho de que las asociaciones y el señor Vallejos hayan sustentado sus denuncias mediante alegatos respecto a diversas partes del anuncio¹³ no enerva la similitud existente en la materia controvertida en ambos casos: la difusión del mensaje presuntamente engañoso antes indicado en la publicidad en empaque del mismo producto.
38. Se debe tener en cuenta que la denuncia del señor Vallejos fue presentada y admitida a trámite cuando el procedimiento iniciado por las asociaciones aun no contaba con una decisión final, por lo que correspondía que la autoridad proceda a acumular los Expedientes 098-2017/CCD y 193-2017/CCD, iniciados por las denuncias presentadas por las asociaciones y el señor Vallejos, respectivamente.
39. Ahora bien, el principio de *non bis in ídem* -en su vertiente procesal- busca impedir la existencia de dos o más procedimientos paralelos que puedan dar lugar a diversos pronunciamientos -incluso contradictorios- sobre una misma

¹² **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 158.- Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

¹³ Por un lado, las asociaciones cuestionaron la cara frontal de la etiqueta, con las imágenes de una dama con un cántaro con líquido blanco, un balde con líquido blanco y el fondo con imágenes de vacas en un campo verde. Por el otro lado, el señor Vallejos cuestionó las afirmaciones “*Diluir cantidades iguales de la Leche Evaporada Reina del Campo con agua hervida o fría*” y “*La leche Reina del Campo no reemplaza la leche materna y no debe ser usada para alimentar a niños menores de 24 meses*”, indicadas en las caras laterales de la etiqueta del producto en mención.

controversia¹⁴. En tal sentido, la acumulación de los procedimientos iniciados por las asociaciones y el señor Vallejos, evitó que se contravenga el principio jurídico antes indicado, al canalizarse la materia controvertida en un procedimiento único y de esta forma, obtener una sola decisión final.

40. Finalmente, es importante mencionar que el artículo 158 del TUO de la Ley 27444 indica que la acumulación de procedimientos es irrecurrible, por lo que corresponde desestimar lo indicado por Nestlé en este extremo.

III.1.3. Sobre la denegatoria de un segundo informe oral

41. Nestlé también ha alegado que debió citarse a un nuevo informe oral, puesto que: (i) en la audiencia llevada a cabo ante la Comisión se realizó una pregunta sobre la denominación “leche”, la cual sería parte del rotulado del producto; y, (ii) posteriormente, el órgano de primera instancia se vio condicionado por el pronunciamiento emitido por la CC2, que la sancionó por presuntamente consignar información falsa en el rotulado del producto “Reina del Campo”. En tal sentido, el no conceder una segunda audiencia contravino su derecho al debido procedimiento.
42. Al respecto, el artículo 43 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁵ señala que la Comisión podrá citar a audiencia de informe oral de considerarlo necesario, por lo que se trata de una potestad y no de un mandato imperativo para la autoridad administrativa.
43. En el presente caso, la autoridad de primera instancia sí convocó a una audiencia de informe oral, la cual se llevó a cabo el 6 de diciembre de 2017 y permitió a las partes presentar sus alegatos ante los miembros de la Comisión.
44. Por tanto, luego de escuchar a los representantes de las partes y en la medida que contaba con los diversos elementos ofrecidos en el expediente, la Comisión

¹⁴ Al respecto, CANO CAMPOS señala: “La prohibición de enjuiciar varias veces los mismos hechos no sólo garantiza tales principios, sino que evita, además, la posibilidad de una doble sanción y que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio.” CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador*. En: Revista de Administración Pública. N° 156. Madrid: 2001. P. 200.

¹⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 43.- La audiencia de informe oral

Una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado, de considerarlo necesario, ésta, a solicitud de parte, podrá citar a audiencia de informe oral. En todo caso, la Comisión, de oficio, podrá citar a audiencia de informe oral. La correspondiente citación deberá realizarse con no menos de cinco (5) días hábiles de anticipación.

consideró que podía emitir un pronunciamiento sobre el fondo. En esa línea, la primera instancia motivó su decisión de denegar el segundo pedido de informe oral de Nestlé, lo cual demuestra que dicha decisión no fue arbitraria.

45. Se debe tener en cuenta que lo resuelto por la CC2 no vincula ni condiciona el actuar de la Comisión pues, de acuerdo con el artículo 21 del Decreto Legislativo 1033 – Ley de Organización y Funciones del Indecopi¹⁶, las Comisiones cuentan con autonomía técnica y funcional.
46. A mayor abundamiento, es importante señalar que la evaluación que realice la Comisión y la CC2 difieren en su objeto y normativa aplicable. Conforme lo ha reconocido la propia recurrente, el análisis efectuado por la CC2 está referido al rotulado del producto “Reina del Campo”, mientras que la Comisión se circunscribió a la publicidad contenida en el empaque de este producto. Bajo esta premisa, la primera instancia tuvo en consideración los elementos que, a su criterio, corresponderían a la publicidad, dejando de lado a aquellos que serían parte del rotulado.
47. Finalmente, sin perjuicio de que no se haya llevado a cabo una nueva audiencia de informe oral, Nestlé no se encontró en una situación de indefensión, pues de acuerdo con el artículo 44.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁷ las partes pueden presentar un escrito de alegatos finales dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de realizado el informe oral. En tal sentido, el 20 de diciembre de 2017 (con posterioridad al informe oral) la recurrente presentó sus

¹⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI.**

Artículo 20.- De las Comisiones del Área de Competencia

El Área de Competencia está compuesta por las siguientes Comisiones:

(...)

c) Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

(...)

Artículo 21.- Régimen de las Comisiones

Las Comisiones mencionadas en el artículo anterior tienen las siguientes características:

a) Cuentan con autonomía técnica y funcional y son las encargadas de aplicar las normas legales que regulan el ámbito de su competencia;

(...)

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 44.- Preclusión en la presentación de pruebas.

(...)

44.2.- Concluido el período de prueba, las partes únicamente podrán presentar escritos y argumentar cuando la Secretaría Técnica las notifique a fin de que absuelvan lo que ordene la Comisión o cuando les corresponda absolver el contenido del Informe Técnico de la Secretaría Técnica, de ser el caso. Asimismo, las partes podrán presentar alegatos finales durante los diez (10) días hábiles siguientes de realizado el informe oral que hubiera ordenado la Comisión.

Las partes no podrán presentar pruebas adicionales en sus alegatos finales.

alegatos finales, los cuales fueron valorados por la Comisión a efectos de determinar su decisión final.

48. En consecuencia, corresponde denegar la solicitud de nulidad planteada por Nestlé en este extremo.

III.1.4 Sobre la denegatoria respecto a la emisión de un informe técnico

49. En apelación, Nestlé alegó que la Comisión habría contravenido el debido procedimiento dado que no solicitó a su Secretaría Técnica la emisión de un informe técnico.
50. Sobre este punto, es importante señalar que si bien el artículo 253.5 del TUO de la Ley 27444 establece como regla general, que en los procedimientos sancionadores la autoridad instructora emitirá un informe final de instrucción luego de concluir con la etapa de recolección de pruebas; lo cierto es que el artículo 245.2 del mismo cuerpo normativo, indica que las disposiciones del capítulo referido a los procedimientos sancionadores son aplicadas por la autoridad administrativa de forma supletoria a la norma especial¹⁸.
51. En esa línea, el artículo 42 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁹, norma sancionadora especial aplicable al presente caso, regula los plazos,

¹⁸ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 245.- Ámbito de aplicación de este capítulo.-

(...)

245.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 246, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

Artículo 253.- Procedimiento sancionador.-

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

contenido y el traslado a las partes del “informe técnico” que emita -de ser el caso- la Secretaría Técnica de la Comisión, en su condición de órgano instructor del procedimiento. En la mencionada norma, se señala que, en el marco de los procedimientos sancionadores en materia de competencia desleal, dicho “informe técnico” puede ser emitido a solicitud de la Comisión, en caso esta lo considere necesario.

52. En el presente caso, la Comisión señaló que existía claridad respecto de los hechos materia de controversia y los argumentos expuestos por las partes, por lo que no consideró necesario solicitar un informe técnico²⁰. De esta manera, al constituir el ejercicio legítimo de la facultad antes señalada, esta decisión de la Comisión no vicia de nulidad su pronunciamiento.
53. Lo indicado no implica una vulneración al derecho al debido procedimiento de Nestlé, pues dicha administrada estuvo habilitada para presentar sus alegatos ante la primera instancia e incluso tuvo la posibilidad de exponer su posición de forma directa ante los miembros de la Comisión. Por tanto, se desestima el argumento de la recurrente en este extremo.

III.1.5 Sobre la imputación de cargos

54. En apelación, Nestlé alegó que la Secretaría Técnica de la Comisión debió subsumir la conducta denunciada en el tipo contenido en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 0455-2004/TDC-INDECOPI. Asimismo, indicó que la primera instancia debió tipificar la conducta imputada como una presunta infracción al artículo 259 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina y, en consecuencia, solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina una interpretación prejudicial.
55. Con relación a la Resolución 0455-2004/TDC-INDECOPI, se aprecia que en su momento aprobó un precedente por el cual se interpretaron los alcances de una

Artículo 42.- El Informe Técnico.

42.1.- Una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado, ésta podrá solicitar a la Secretaría Técnica, en caso de considerarlo necesario, un Informe Técnico que en el plazo máximo de quince (15) días hábiles dictamine sobre lo siguiente:

- a) Referencia sobre los hechos que considera probados;
 - b) Consideración sobre la existencia o no de la infracción administrativa imputada; y,
 - c) Propuesta de medidas correctivas que considere necesarias, de ser el caso.
- (...)

²⁰ Ver páginas 10 y 11 de la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI.

norma anterior a la actual Ley de Represión de la Competencia Desleal²¹. Por lo tanto, no corresponde evaluar la tipificación efectuada por la Comisión en este caso sobre la base de tal pronunciamiento, sino en mérito a la normativa vigente y aplicable a este caso.

56. Con relación al artículo 6.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se debe tener en cuenta que el mismo contiene una disposición prohibitiva y sancionadora que describe, de manera general, el tipo de conducta desleal merecedora de una sanción, al indicar que: *“Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten”*.
57. A su vez, la Ley de Represión de la Competencia Desleal presenta una lista enunciativa de las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal²². En tal sentido, los posteriores artículos de la referida norma describen y tipifican las conductas que, por sus características o naturaleza, suelen calificar como actos de competencia desleal (actos de engaño, de confusión, de explotación indebida de la reputación ajena, entre otros).
58. Por lo tanto, en estricta aplicación de lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 230 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444²³, la autoridad (de ser el caso) calificará la conducta denunciada dentro de uno de estos supuestos especiales e imputará a la investigada dicho acto.
59. Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cláusula general resulta relevante pues, en caso un agente económico cometa un acto contrario a la buena fe empresarial que no se encuentre en la lista enunciativa, podría ser imputado de manera autónoma bajo la mencionada cláusula general. De esta forma, la mencionada disposición cumplirá un rol supletorio, a fin de permitir a la autoridad evaluar aquellos casos que, si bien no

²¹ En efecto, la norma interpretada fue el Decreto Ley 26122, aplicable en dicho momento. Actualmente, la norma vigente es la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo 1044.

²² Ello, de conformidad con lo dispuesto en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1044, página 13.

²³ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 230.- Principios de la Potestad Sancionadora
(...)
4. Tipicidad: Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. (...).

están recogidos en las modalidades específicas descritas en la norma, constituyen conductas contrarias a la leal competencia²⁴.

60. En el presente caso, la presunta infracción consiste en que, a través de la publicidad en el empaque de “Reina del Campo”, se difundiría el mensaje consistente en que dicho producto sería “leche de vaca”, pese a que no sería cierto.
61. De acuerdo con el listado enunciativo de actos de competencia desleal contenido en el Capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, lo antes descrito calificaría como un acto de engaño, el cual está previsto en el artículo 8 de la mencionada Ley, por lo que dicha norma contendría el tipo infractor específico aplicable. En consecuencia, contrariamente a lo alegado en apelación por Nestlé, no resulta necesario que, adicionalmente, se califique esta presunta infracción dentro de la cláusula general establecida en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
62. Como se puede apreciar, esta conclusión se deriva de la Ley de Represión de la Competencia Desleal actualmente vigente, así como de su exposición de motivos. Además, dicho criterio ha sido recogido en otros pronunciamientos emitidos por la Sala, en los cuales se analizó los alcances de la normativa vigente²⁵.
63. Con relación al artículo 259 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, esta Sala observa que dicha norma regula aquellos actos de competencia desleal que se encuentren vinculados a elementos de propiedad intelectual, como se puede apreciar a continuación:

DECISIÓN 486 DE LA COMUNIDAD ANDINA

TÍTULO XVI: DE LA COMPETENCIA DESLEAL VINCULADA A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

CAPÍTULO I: De los actos de competencia desleal.

Artículo 258.- *Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos.*

²⁴ Menéndez afirma que la “*la cláusula general debe funcionar simplemente como cláusula supletoria*”. MENÉNDEZ, Aurelio. *La Competencia Desleal*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 156.

Por su parte, Molina agrega que “*La cláusula general es completada con una serie de prohibiciones específicas, contenidas en los siguientes párrafos, y se aplica supletoriamente cuando es necesario rellenar las lagunas que dejan dichas prohibiciones*”. MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción. *Protección Jurídica de la Lealtad en la Competencia*. Madrid: Montecorvo, 1993, p. 76.

²⁵ A manera de ejemplo, ver la Resolución 0354-2017/SDC-INDECOPI.

Artículo 259.- Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes:

(...)

b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

(...)

64. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la Interpretación Prejudicial 145-IP-2014²⁶, señaló expresamente que:

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL 145-IP-2014

“Ámbito y aplicación de las normas comunitarias sobre competencia desleal:

58. Los artículos 258 y 259 de la Decisión 486 regulan el tema de los actos de competencia desleal vinculados con la Propiedad Industrial.

59. **Cuando la normativa comunitaria se refiere a la competencia desleal vinculada con la propiedad industrial, está tratando de regular aquellas actuaciones que se relacionan con el uso, el goce y la protección de los derechos de propiedad industrial reconocidos por la normativa comunitaria.**

(Subrayado y resaltado agregados)

65. De la revisión del expediente, no existe evidencia de que el acto de competencia desleal imputado a Nestlé en este caso se encuentre relacionado al uso, disfrute o tutela de un elemento de propiedad industrial en particular que sea de titularidad de dicho administrado o un tercero (como podría ser, el uso de su marca o nombre comercial); sino que su evaluación se centra en el análisis de los elementos publicitarios contenidos en el empaque del producto “Reina del Campo” y el mensaje que estos transmiten en el mercado. Por tanto, tampoco procede solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina una interpretación prejudicial para resolver este caso.
66. En consecuencia, corresponde desestimar la solicitud de nulidad de la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI y, a continuación, se evaluará el fondo de la controversia en el presente caso.

III.2. Sobre los actos de engaño

67. El artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁷ establece que los actos de engaño son aquellos a través de los cuales los agentes inducen a

²⁶ Disponible en: <http://186.4.160.10/ips/145-IP-2014.pdf> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2018).

²⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**
Artículo 8.- Actos de engaño.-

error a otros participantes del mercado, sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad y, en general, sobre los atributos o beneficios que presentan sus bienes o servicios.

68. Por su parte, el artículo 8.3 del mismo cuerpo normativo²⁸ señala que la carga de sustentar las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios publicitados, corresponde a quien las haya difundido como anunciante. De esta manera, conforme al deber de sustanciación previa²⁹, en un procedimiento de competencia desleal por la presunta comisión de actos de engaño, el anunciante debe presentar los medios probatorios que acrediten que antes de la difusión del material publicitario, tenía la certeza de que sus afirmaciones eran veraces y no falsas o potencialmente ciertas.
69. Por otro lado, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁰ establece las pautas de enjuiciamiento e interpretación de las manifestaciones publicitarias, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta que el destinatario del anuncio queda influenciado mediante un examen superficial de lo publicitado, esto es, captando el mensaje transmitido en

8.1 Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones, que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición del mercado; o inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

(...)

28 **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 8.- Actos de engaño.-

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

(...)

29 **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 8.- Actos de engaño.-

(...)

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

30 **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-

21.1 La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.

21.2 Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

su conjunto y sin realizar una evaluación detenida de la pieza publicitaria, sino bajo una lectura sencilla y propia de un entendimiento usual.

70. Siendo así, a fin de dilucidar el mensaje que los anuncios evaluados transmiten, es pertinente considerar los parámetros antes señalados y el hecho de que el sujeto quien atribuye el significado al anuncio es el destinatario y no el anunciante, por lo que la intención de este último será irrelevante.
71. Una vez delimitado el mensaje, la autoridad verificará si la imputada cuenta con medios de prueba constituidos con anterioridad al inicio de la difusión del anuncio bajo análisis, en aplicación del deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y, de ser el caso, procederá a determinar si en efecto prueban la veracidad de lo transmitido.
72. Cabe resaltar que esta Sala ha señalado de forma sostenida³¹ que existen mensajes publicitarios frente a los cuales, considerando la especialidad de la materia a la que se refieren o su contenido, la autoridad deberá recurrir a determinados elementos de valoración normativamente reconocidos, en la medida que constituyen parámetros objetivos que permiten constatar su veracidad.
73. En síntesis, se deben distinguir dos momentos en el análisis de los casos de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño:
 - (i) **Delimitación del mensaje:** Considerado la evaluación integral y superficial prescrita en la ley, el elemento relevante radica en determinar cómo es que los destinatarios perciben la publicidad a la cual están expuestos, pues justamente ello delimitará el mensaje transmitido sobre el cual se centrará el análisis de veracidad. En tal sentido, no se admiten interpretaciones complejas, forzadas o alambicadas, pues esto iría en contra de una lectura natural y espontánea de la pieza publicitaria, realizada de acuerdo con el significado común y usual de las afirmaciones y elementos presentados.
 - (ii) **Verificación de veracidad del mensaje:** En dicha etapa, el anunciante deberá acreditar que el mensaje antes indicado es veraz, pues dada la asimetría informativa existente, es aquel quien conoce las características del producto o servicio publicitado y en ejercicio de su libertad empresarial, decidió difundir los anuncios evaluados. La autoridad, en caso sea necesario,

³¹ A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 0268-2017/SDC-INDECOPI, 0670-2017/SDC-INDECOPI y 0722-2017/SDC-INDECOPI.

deberá recurrir a los parámetros normativos y técnicos aplicables para cotejar la veracidad de lo transmitido en el mercado.

III.3 Sobre la delimitación de los elementos publicitarios contenidos en el envase materia de evaluación

74. Las presentaciones de los envases de los productos puestos a disposición en el mercado pueden contener diversos elementos, los cuales, en muchas oportunidades, poseen finalidades diferentes y se encuentran sujetos a regulaciones distintas.
75. En tal sentido, además de los signos distintivos (marcas) que de manera usual son consignados con el objeto de diferenciar los productos e identificar su origen empresarial, frecuentemente los envases puestos a disposición de los destinatarios finales incluyen dos elementos claramente definidos a nivel normativo: el rotulado y la publicidad en envase.
76. Al respecto, de lo señalado en el literal k) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³² se desprende que el rotulado está compuesto por la información básica comercial consignada en el empaque y/o envase, sin que su inclusión tenga por finalidad promover la adquisición o consumo del producto en cuestión. Por lo tanto, la disposición y diseño gráfico de dicha información es de carácter neutro, es decir, sin la presencia de elementos que den a entender a los demás agentes del mercado que esta información tiene por objeto resaltar alguna característica del producto.
77. Asimismo, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1304 - Ley de Etiquetado y Verificación de los Reglamentos Técnicos de los Productos Industriales Manufacturados (en adelante, la Ley de Etiquetado) ha establecido la información que debe contener el etiquetado (rotulado)³³ de los productos industriales

³² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

k) Rotulado: a la información básica comercial, consistente en los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor suministra al consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica o en virtud a estándares de calidad recomendables, expresados en términos neutros o meramente descriptivos, sin valoraciones o apreciaciones sobre las características o beneficios que la información aporta al producto, es decir, sin la finalidad de promover su adquisición o consumo.

(Subrayado agregado)

³³ La Ley de Etiquetado utiliza el término "Etiquetado" para reemplazar el término "Rotulado" empleado por la anteriormente vigente Ley 28405 - Ley de rotulado de productos industriales manufacturados, conforme se desprende a la cita legal reproducida a continuación:

manufacturados, que incluye el nombre o denominación del producto, según corresponda³⁴.

78. El artículo 10 de la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código de Protección al Consumidor)³⁵ -norma que versa sobre el rotulado de productos envasados-, en concordancia con el artículo 27 del Decreto Legislativo 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Indecopi³⁶ y los artículos 44 y 49-A del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo 009-2009-PCM³⁷, permiten concluir que los

DECRETO LEGISLATIVO 1304. LEY DE ETIQUETADO Y VERIFICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS TÉCNICOS DE LOS PRODUCTOS INDUSTRIALES MANUFACTURADOS

Disposiciones Complementarias Finales

TERCERA. - Referencia al rotulado

Toda referencia al término rotulado contenido en otras disposiciones normativas vigentes debe ser entendida como etiquetado.

³⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1304. LEY DE ETIQUETADO Y VERIFICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS TÉCNICOS DE LOS PRODUCTOS INDUSTRIALES MANUFACTURADOS**

Artículo 3.- Información del etiquetado

El etiquetado debe contener la siguiente información:

a) Nombre o denominación del producto.

(...)

³⁵ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 10.- Información acerca de los productos envasados

10.1 Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 2, los productos envasados ofrecidos al consumidor deben tener de manera visible y legible la información establecida en la norma sectorial de rotulado correspondiente. En el caso de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

10.2 Es competencia del Indecopi fiscalizar el cumplimiento de los artículos 8 y 10, así como sancionar las infracciones, únicamente si el producto se encuentra a disposición del consumidor o expedito para su distribución en los puntos finales de venta, sin perjuicio de las competencias sectoriales que correspondan. Su competencia no se restringe a las listas de productos que pudieran contemplar normas sectoriales de rotulado, resultando aplicables las exigencias establecidas en la presente norma a todos los productos destinados a los consumidores.

(Subrayado agregado)

³⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 27.- De la Comisión de Protección al Consumidor.-

Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor y de las leyes que, en general, protegen a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada, de las omisiones de información y de la discriminación en el consumo, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

³⁷ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 44.- Comisión de Protección al Consumidor

Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor y de la normatividad que, en general, protege a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios, de la vulneración al derecho de información y de la discriminación en el marco de las relaciones de consumo, así como de las demás afectaciones a los derechos que reconocen las normas sobre la materia, y aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

Artículo 49-A.- Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor

órganos de protección al consumidor del Indecopi son las autoridades competentes para conocer y sancionar aquellas infracciones relativas al incumplimiento de las normas de rotulado.

79. Por otra parte, se define a la publicidad en envase como aquella publicidad contenida en el empaque del producto, la cual, considerando lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, está orientada a promover el consumo del bien anunciado³⁸.
80. El literal i) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala claramente que la evaluación del rotulado no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicha norma:

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

i) Publicidad en producto: a toda publicidad fijada en el empaque, en el envase o en el cuerpo del producto. El rotulado no tiene naturaleza publicitaria, por lo que al no considerarse publicidad en producto está fuera del ámbito de aplicación de esta Ley;
(Subrayado agregado)

81. Finalmente, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁹, las conductas cometidas mediante la actividad publicitaria (lo cual incluye a la publicidad en envase) pueden calificar como actos de competencia desleal.
82. Ahora bien, de la revisión de la resolución de imputación de cargos y lo actuado en el expediente, se desprende que lo evaluado en el presente procedimiento se encuentra circunscrito a la presunta comisión de un acto de engaño, como contravención a la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor son los encargados de resolver, en primera instancia administrativa, los asuntos concernientes a las normas de protección del consumidor, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Para el ejercicio de su función resolutoria, gozan de autonomía técnica y funcional.
(Artículo incorporado por el Artículo 3 del Decreto Supremo 107-2012-PCM.)

³⁸ Ver nota al pie 30.

³⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 2.- Ámbito de aplicación objetivo.-

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.
(Subrayado agregado)

83. Esto resulta de especial importancia, pues la competencia de la Comisión y la Sala para conocer y eventualmente sancionar aquellos actos cometidos mediante la actividad publicitaria en el mercado está enmarcada en la aplicación del mencionado cuerpo normativo⁴⁰.
84. Sobre la base de las premisas expuestas, la evaluación que corresponde realizar a esta Sala con relación al empaque del producto “Reina del Campo” se debe limitar a sus elementos publicitarios, los cuales son parte del ámbito de aplicación objetivo de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, este pronunciamiento no incluirá en su análisis la denominación del producto contenida en el envase, al ser información correspondiente al rotulado, que es competencia de los órganos de protección al consumidor del Indecopi.
85. A mayor abundamiento, cabe mencionar que mediante Resolución 2630-2018/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha emitido un pronunciamiento que agotó la vía administrativa con respecto a la denominación del producto “Reina del Campo”, decidiendo -por mayoría-⁴¹ que el uso del término “*Leche evaporada parcialmente descremada con vitaminas y minerales*” en el envase de tal producto contravino los artículos 18, 19 y 32 del Código de Protección al Consumidor.
86. Por consiguiente, para la descripción del anuncio y la interpretación del mensaje publicitario transmitido mediante el empaque, solo se tendrán en cuenta aquellos elementos gráficos y denominativos que, por su disposición y características propias, califiquen como publicidad.

⁴⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
TÍTULO IV
DE LAS AUTORIDADES DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 24.- Las autoridades. -

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquélla, según la competencia territorial que sea determinada.

(...)

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

24.3.- Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria.

⁴¹ En el referido pronunciamiento, se emitió un voto en discordia parcial a través del cual se sostuvo que correspondía declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 904-2017/CC2 y 2058-2017/CC2, en el extremo que se imputó y evaluó la responsabilidad de Nestlé bajo la aplicación de los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Por otro lado, también consta otro voto en discordia, mediante el cual se consideró que debía revocarse la Resolución 2058-2017/CC2 al no existir -a criterio del vocal firmante- responsabilidad por presuntas infracciones a los artículos 10, 18, 19 y 32 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

III.4 Descripción del anuncio cuestionado

87. En el presente caso, la etiqueta mediante la cual se transmitió el anuncio publicitario cuestionado es la siguiente:

Etiqueta del producto “Reina del Campo”⁴²



Detalles en la etiqueta:

2.-

⁴² Ver foja 14 del expediente.



3.-



88. Con relación a la sección 1 señalada en la etiqueta, se puede apreciar la imagen de un campo verde en el que se encuentran dos vacas y, en un primer plano, la imagen de una mujer con una vasija marrón con un líquido blanco, así como un balde con un líquido blanco. Arriba de dicho balde, consta la frase “con vitaminas y minerales” con letras características dentro de un recuadro rojo.
89. Al respecto, en la medida que se trata de imágenes a colores consignadas de forma altamente llamativa en la parte frontal del empaque, al igual que la indicación “con vitaminas y minerales”, se desprende que tales elementos tienen naturaleza persuasiva y, por ende, publicitaria.
90. Por otra parte, respecto a la sección 2 señalada en la etiqueta, se consignan dibujos de vasos con líquido blanco junto a la frase “PREPARACIÓN: Agitar bien la lata antes de abrir; diluir cantidades iguales de la Leche Evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia o fría”. Asimismo, en la parte lateral derecha de la

etiqueta (sección 3), figura la imagen de vasos con líquido blanco y la frase “3 vasos de Reina del Campo al día. Con 3 porciones (vasos) obtienes el 42% de la recomendación de Calcio que requieres diariamente. La leche Reina del Campo no reemplaza la leche materna y no debe ser usada para alimentar a niños menores a 24 meses”.

91. Cabe indicar que, en dichas partes de la etiqueta, se destaca el producto promocionado resaltando su nombre en negrita, e incluso en la sección 3 se incluye la imagen de tres vasos de líquido blanco orientada a promover su consumo tres veces al día.
92. Siendo así, se procederá a realizar la interpretación del mensaje sobre la base de lo antes expuesto.

III.5 Interpretación del mensaje transmitido mediante el anuncio cuestionado

93. En cuanto a la publicidad en el empaque del producto “Reina del Campo”, la Comisión indicó que las imágenes consignadas (dos vacas en un campo, una mujer con un cántaro y un sombrero, así como un balde en el que se está vertiendo líquido de color blanco), de forma conjunta con las frases “*diluir cantidades iguales de la Leche Evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia o fría*” y “*La leche Reina del Campo no reemplaza la leche materna y no debe ser usada para alimentar a niños menores a 24 meses*” daría a entender que se trataría de leche de vaca.
94. En apelación, Nestlé alegó que se debía tener en cuenta la imagen de las vacas, así como la frase “*Leche evaporada parcialmente descremada con maltodextrina, suero de leche y aceite vegetal enriquecida con vitaminas y minerales*”, lo cual permitiría al destinatario entender que se trataría de un producto compuesto por leche de vaca y otros insumos no lácteos. La empresa imputada también señaló que: (i) no se han incluido afirmaciones que indiquen expresamente que el producto anunciado sea “únicamente leche de vaca” o “100% leche de vaca”, y (ii) la Comisión no contó con un estudio respecto a la percepción de los consumidores, por lo que su interpretación sería arbitraria.
95. En primer lugar, con relación a la frase mencionada en el párrafo anterior, se trata en realidad de la denominación del producto, lo cual corresponde a la información propia del rotulado (ver fundamento 84 de esta resolución), no siendo objeto de análisis en este caso. Sin perjuicio de ello, tal como se ha desarrollado en el acápite III.3 del presente pronunciamiento, cabe mencionar que la autoridad de consumo (Sala Especializada en Protección al Consumidor) indicó en su oportunidad que tal

denominación resultaba contraria al Código de Protección al Consumidor y sancionó su incorporación en la etiqueta.

96. Por otra parte, si bien la publicidad analizada no señala textualmente las frases “únicamente de vaca” o “100% leche de vaca”, se debe tener en cuenta que la interpretación del mensaje trasladado en el mercado tiene como sustento una apreciación integral y superficial de los elementos publicitarios del anuncio evaluado, de acuerdo con la forma en la que serían entendidos por el destinatario
97. Siendo así, corresponde analizar si las imágenes y frases publicitarias consignadas en el envase del producto, en función a su contenido y el contexto de su difusión, pueden transmitir el mensaje presuntamente engañoso imputado (que el producto anunciado es “leche de vaca”), para luego, de ser el caso, proceder a verificar su veracidad.
98. Al respecto, Nestlé ha cuestionado el hecho de que la primera instancia no haya contado con un estudio de percepción de los consumidores para evaluar este caso. En tal sentido, se aprecia que dicho argumento parte de la premisa de que la aproximación realizada por la autoridad sería arbitraria e inválida, en tanto no tuviese el mencionado estudio como respaldo.
99. Sobre este punto, si bien la existencia de un estudio efectuado bajo parámetros estadísticos adecuados puede ser una herramienta útil para delimitar la percepción espontánea de los consumidores respecto de un anuncio publicitario, lo cierto es que, en el presente caso, Nestlé no presentó ante la Comisión algún estudio o evaluación similar que pueda ser tomado en cuenta para determinar el mensaje.
100. En mérito de lo antes indicado y teniendo en cuenta que la Ley de Represión de la Competencia Desleal no restringe la interpretación de los mensajes publicitarios únicamente a la constatación de estudios de mercado o documentos similares, la Comisión procedió a analizar el anuncio desde la perspectiva que tendría un consumidor de esta clase de productos en el mercado.
101. Ahora bien, en segunda instancia la empresa imputada tampoco ha aportado algún estudio o elemento adicional, por lo que esta Sala procederá a analizar el mensaje transmitido por la publicidad del empaque del producto “Reina del Campo” considerando la aproximación que, de forma usual y espontánea, tendría el destinatario del contenido de dicho envase, en función a los elementos publicitarios perceptibles y la presentación del producto en cuestión.

102. Con el objeto de determinar el público expuesto a la publicidad evaluada en este caso, se debe resaltar que tal anuncio se encuentra en la etiqueta individual del producto, por lo que resulta claro que está dirigida al consumidor final, pues será dicho sujeto quien acudirá a los establecimientos de venta por menor y estará en contacto directo con los empaques de los productos exhibidos. Asimismo, este Colegiado aprecia que se trata de un producto de consumo masivo distribuido en bodegas y supermercados, conforme se puede corroborar a partir del número de unidades vendidas desde el inicio de su comercialización hasta la fecha de notificación de la Resolución s/n del 7 de junio de 2017⁴³.
103. Estos elementos denotan entonces que las personas expuestas a dichos elementos publicitarios en el empaque no son consumidores especializados.
104. En tal contexto, el proceso de selección de los productos anunciados por parte de sus destinatarios tiene como sustento una apreciación superficial de sus principales características, siendo usualmente resaltantes -en términos generales- aquellos elementos visuales que, por la configuración del empaque, ocupan un lugar destacado.
105. En la etiqueta evaluada, se observa: (i) la imagen de una mujer vestida de blanco y un amplio sombrero, sosteniendo con ambas manos un cántaro con un líquido blanco, (ii) la imagen de un cubo de madera que también recibe un líquido blanco, y (iii) un trasfondo donde se observa de manera perceptible un amplio campo con dos vacas. En las caras laterales del empaque se indican las afirmaciones “*diluir cantidades iguales de la Leche Evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia o fría*” y “*La leche Reina del Campo no reemplaza la leche materna y no debe ser usada para alimentar a niños menores a 24 meses*”.
106. Cabe indicar que esta etiqueta se encuentra adherida a una lata y no a un envase destinado al consumo directo (como, por ejemplo, una botella), lo cual conjuntamente con la mención “leche evaporada” antes indicada, denota que el producto requiere un proceso de preparación para su consumo.
107. De lo antes expuesto, se desprende lo siguiente:
- (i) Los elementos gráficos en la etiqueta resultan claros al aludir a la leche (a través de la imagen reiterativa del líquido blanco en un cántaro y un balde) y que esta sería de vaca, al mostrar de forma conjunta a dos bovinos.

⁴³ La información respecto a las unidades vendidas de este producto fue presentada por Nestlé en su escrito del 10 de julio de 2017, y obra en la foja 89 del Cuaderno Confidencial.

- (ii) Lo anterior se ve reforzado por la mención de la palabra “leche” en las caras laterales del envase, de forma seguida al nombre del producto (“Reina del Campo”).
- (iii) La presentación del producto (en lata) y lo señalado en la parte lateral del empaque, permite considerar que no se trata de un producto en su estado natural, sino de un alimento que ha pasado por un proceso de evaporación.
108. Las premisas antes indicadas implican que una aproximación espontánea y superficial del público en general (no especializado) a tales elementos publicitarios, transmite de forma natural el mensaje de que el producto anunciado es leche de vaca, comercializada de forma evaporada.
109. Finalmente, es importante tener en cuenta que el presunto acto de engaño materia de este procedimiento es que el producto “Reina del Campo” sería “leche de vaca” cuando ello no sería cierto, al margen de que, por ejemplo, sea entera o evaporada.
110. Por lo tanto, de acuerdo con el mensaje publicitario transmitido por la etiqueta del producto “Reina del Campo”, así como la materia controvertida en este procedimiento y el principio de congruencia procedimental⁴⁴, el análisis que corresponderá realizar a este Colegiado tendrá como objeto determinar si el producto publicitado en efecto califica como leche de vaca, no siendo objeto de cuestionamiento en específico su calidad de “evaporada”.
- III.6 Sobre los parámetros para la verificación de veracidad en los anuncios referidos a productos lácteos
111. En línea con lo anteriormente indicado, existen ciertos mensajes publicitarios cuya veracidad se establecerá luego de realizar un cotejo entre el producto anunciado y determinados estándares que las normas sectoriales reconocen. Cabe señalar

⁴⁴

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDA EN EL EXPEDIENTE 01798-2016-PHC/TC

6. De otra parte, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de congruencia o correlación entre lo acusado y lo condenado constituye un límite a la potestad de resolver por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que garantiza que la calificación jurídica realizada en el marco de un proceso penal (tomando en cuenta lo señalado por el Ministerio Público, en virtud de su competencia postulatoria) sea respetada al momento de emitirse sentencia.
(...)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDA EN EL EXPEDIENTE 02605-2014-PA/TC

9. Este Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de congruencia es uno que rige la actividad procesal, y obliga al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre las pretensiones postuladas por los justiciables (STC Exp. 1300-2002-HC/TC, Fundamento 27). Dicho principio garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (STC Exp. 7022-2006-PA/TC, Fundamento 9).

que, al tratarse de criterios de evaluación recogidos en normas jurídicas, son aplicables de forma general a todos los agentes del mercado, los cuales pueden constatar sus alcances.

112. Esto resulta especialmente relevante, pues la propia naturaleza del principio de veracidad implica que el mensaje transmitido sea objetivamente comprobable, lo cual acarrea la necesaria existencia de un parámetro unívoco que permita establecer su contenido y, por ende, dilucidar si el producto o servicio evaluado corresponde a ello.
113. Uno de los mercados en los cuales existe regulación vinculada a las características y requisitos que deben tener determinados productos, es el referido a los alimentos destinados al consumo humano. En el presente caso, se advierte que el Decreto Supremo 007-98-SA - Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas establece los requisitos sanitarios para la elaboración y el expendio de los alimentos de consumo humano⁴⁵.
114. Específicamente, en la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo 007-98-SA, se señala lo siguiente:

DECRETO SUPREMO 007-98-SA. APRUEBAN EL REGLAMENTO SOBRE VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS

"Cuarta.- (...)

En tanto no se expida la norma pertinente, la fabricación de los alimentos y bebidas se rige por las normas del Codex Alimentarius aplicables al producto o productos objeto de fabricación y, en lo no previsto por éste, lo establecido por la Food And Drug Administration de los Estados Unidos de Norteamérica (FDA)."

(Énfasis agregado)

115. Considerando lo antes expuesto, cabe señalar que hasta la fecha no se ha emitido la norma pertinente indicada en la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo 007-98-SA; por lo que correspondería observar lo dispuesto en el *Codex Alimentarius*, en la medida que contenga reglas aplicables para el producto anunciado, el cual se presenta publicitariamente como leche de vaca (en este caso, evaporada).

⁴⁵ **DECRETO SUPREMO 007-98-SA. APRUEBAN EL REGLAMENTO SOBRE VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS**

Artículo 1.- Con arreglo a lo dispuesto por la Ley General de Salud, N° 26842, y en concordancia con los Principios Generales de Higiene de Alimentos del *Codex Alimentarius*, el presente reglamento establece:

- a) Las normas generales de higiene así como las condiciones y requisitos sanitarios a que deberán sujetarse la producción, el transporte, la fabricación, el almacenamiento, el fraccionamiento, la elaboración y el expendio de los alimentos y bebidas de consumo humano con la finalidad de garantizar su inocuidad.
(...).

116. En tal sentido, el Codex Stan 1-1985 Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados, establece lo siguiente:

**NORMA GENERAL PARA EL ETIQUETADO DE LOS ALIMENTOS PREENVASADOS
CODEX STAN 1-1985**

“3. PRINCIPIOS GENERALES

3.1 *Los alimentos preenvasados no deberían describirse ni presentarse con una etiqueta o etiquetado en una forma que sea falsa, equívoca o engañosa, o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto de su naturaleza en ningún aspecto.*

3.2 **Los alimentos preenvasados no deberán describirse ni presentarse con una etiqueta o etiquetado en los que se empleen palabras, ilustraciones u otras representaciones gráficas que se refieran a -o sugieran, directa o indirectamente- cualquier otro producto con el que el producto de que se trate pueda confundirse, ni en una forma tal que pueda inducir al comprador o al consumidor a suponer que el alimento se relaciona en forma alguna con aquel otro producto.**

(Subrayado y resaltado agregados)

117. Esta primera disposición, de vocación general, recoge una regla transversal que resulta concordante con el Principio de Veracidad establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal: las etiquetas de los productos alimenticios no deben inducir a error –de forma directa o indirecta- a través de las palabras, ilustraciones o representaciones con las que cuente.
118. Ahora bien, teniendo en cuenta el mensaje transmitido en el mercado mediante los elementos publicitarios de la etiqueta evaluada, es pertinente acotar que el *Codex Alimentarius* contiene dos normas que resultan aplicables para determinar cuándo un producto alimenticio presentado de forma evaporada objetivamente puede calificar como “leche de vaca”, las cuales son de ineludible evaluación a fin de determinar si el mensaje publicitario antes indicado, es o no veraz: (i) Codex Stan 206-1999 Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros, y (ii) Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas.
119. Respecto a lo que se entiende por “leche”, el Codex Stan 206-1999 Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros señala lo siguiente:

**NORMA GENERAL DEL CODEX PARA EL USO DE TÉRMINOS LECHEROS
CODEX STAN 206-1999**

“2. Definiciones

2.1 **Leche es la secreción mamaria normal de animales lecheros obtenida mediante uno o más ordeños sin ningún tipo de adición o extracción, destinada al consumo en forma de leche líquida o a elaboración ulterior.**

2.2 Producto lácteo es un producto obtenido mediante cualquier elaboración de la leche, que puede contener aditivos alimentarios y otros ingredientes funcionalmente necesarios para la elaboración.

2.3 Producto lácteo compuesto es un producto en el cual la leche, productos lácteos o los constituyentes de la leche son una parte esencial en términos cuantitativos en el producto final tal como se consume, siempre y cuando los constituyentes no derivados de la leche no estén destinados a sustituir totalmente o en parte a cualquiera de los constituyentes de la leche.

2.4 Producto lácteo reconstituido es el producto lácteo resultante de la adición de agua a la forma deshidratada o concentrada del producto en la cantidad necesaria para restablecer la proporción apropiada del agua respecto del extracto seco.

2.5 Producto lácteo recombinado es el producto resultante de la combinación de materia grasa de la leche y del extracto seco magro de la leche en sus formas conservadas, con o sin la adición de agua para obtener la composición apropiada del producto lácteo.

2.6 Por términos lecheros se entiende los nombres, denominaciones, símbolos, representaciones gráficas u otras formas que sugieren o hacen referencia, directa o indirectamente, a la leche o los productos lácteos.

(...)

4. Aplicación de los términos lecheros.

(...)

4.2 Uso del término "leche"

4.2.1 **Podrán denominarse "leche" sólo los alimentos que se ajusten a la definición formulada en la sección 2.1. Si tales alimentos se destinan a la venta en cuanto tales se denominarán "leche cruda" u otra expresión apropiada que no induzca a error o a engaño al consumidor.**

4.2.2 La leche cuya composición se haya modificado **mediante la adición y/o extracción de constituyentes de la leche** podrá denominarse con un nombre que incluya el término "leche", siempre que muy cerca de la denominación figure una descripción clara de la modificación a que se ha sometido la leche.

(...)

4.5 Uso de términos para los productos lácteos compuestos

Un producto que se ajuste a la descripción que figura en la sección 2.3 podrá denominarse con el término "leche" o el nombre especificado para el producto lácteo, según proceda, siempre que muy cerca de la denominación figure una descripción clara de los demás ingredientes caracterizantes (tales como alimentos aromatizantes, especias, hierbas aromáticas y aromas)."

(Subrayado y resaltado agregados)

120. Asimismo, de la lectura de los numerales 2.3 y 4.5 del Codex Stan 206-1999 Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros se desprende que aquellos productos lácteos compuestos que contengan leche en una parte esencial, pueden presentarse como leche, siempre que: (i) los elementos no derivados de la leche que formen parte del producto no estén destinados a sustituir los constituyentes de la leche, y (ii) se incluya una descripción clara de los demás ingredientes caracterizantes del producto, de forma cercana a su denominación.

121. Complementariamente, el Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas señala lo siguiente:

**NORMA PARA LAS LECHES EVAPORADAS
CODEX STAN 281-1971**

“2. Descripción

Se entiende por leches evaporadas los productos obtenidos mediante eliminación parcial del agua de la leche por el calor o por cualquier otro procedimiento que permita obtener un producto con la misma composición y características. El contenido de grasa y/o proteínas podrá ajustarse únicamente para cumplir con los requisitos de composición estipulados en la Sección 3 de la presente Norma, mediante adición y/o extracción de los constituyentes de la leche, de manera que no se modifique la proporción entre la caseína y la proteína del suero en la leche sometida a tal procedimiento.

(...)

7. Etiquetado

Además de las disposiciones de la Norma general para el etiquetado de los alimentos preenvasados (CXS 1-1985) y la Norma general para el uso de términos lecheros (CXS 206-1999), se aplicarán las siguientes disposiciones específicas:

7.1 Denominación del alimento

La denominación del alimento deberá ser:

De conformidad con la composición especificada en la Sección 3

Leche evaporada

Leche evaporada desnatada (descremada)

Leche evaporada parcialmente desnatada (descremada)

Leche evaporada de elevado contenido de grasa

La leche evaporada parcialmente desnatada (descremada) podrá denominarse “leche evaporada semidesnatada (semidescremada)” si el contenido de materia grasa de la leche es de 4,0 - 4,5% y el contenido de extracto seco de la leche es de 24% m/m.

(...)”

122. Adicionalmente, las secciones 3⁴⁶ y 4⁴⁷ del Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas establecen de forma clara y expresa la composición y la lista de aditivos que puede tener un producto para calificar como “leche” evaporada, e incluso indican determinados límites en la cantidad y proporción de aquellos. Estas reglas resultar acordes con la descripción que esta norma hace de lo que se entiende por leche evaporada, pues los parámetros contenidos en las secciones 3 y 4 se encuentran orientados a que el proceso de industrialización propio de este producto no altere su naturaleza y características básicas.

123. Entonces, de la lectura concordada de las dos normas Codex mencionadas, las cuales resultan aplicables para determinar cuándo un producto objetivamente

⁴⁶ Ver Anexo 1 de la presente resolución.

⁴⁷ Ver Anexo 2 de la presente resolución.

puede calificar como leche de vaca (en este caso, evaporada), se desprenden las siguientes reglas:

- (i) En principio, “leche” es aquella sustancia procedente de la secreción mamaria de animales lecheros.
- (ii) Tal secreción mamaria también puede calificar como leche, cuando haya sido modificada por la adición y/o extracción de constituyentes propios de la leche.
- (iii) La leche evaporada es aquella leche a la cual se le ha eliminado parcialmente el agua, manteniendo su composición y características.
- (iv) Los componentes y aditivos pasibles de ser incorporados en la leche evaporada son solo aquellos que señale la norma Codex respectiva.
- (v) La inclusión de elementos o aditivos distintos determinará que tal producto no califique como leche evaporada. Si dicho alimento además sufre una modificación a través de la extracción y posterior adición de insumos que no son constituyentes de la leche, en la medida que estos últimos sustituyan a los componentes lácteos, este producto no podrá presentarse como “leche”. Ello, sin perjuicio de que tal alimento califique (de ser el caso) como un producto lácteo distinto.

124. En tal sentido, y siendo que el presunto acto de engaño imputado consiste en que el producto “Reina del campo” se presenta publicitariamente como una leche de vaca (en este caso, evaporada), se procederá a contrastar la veracidad de este mensaje transmitido, bajo las reglas antes señaladas.

III.7 Evaluación de veracidad respecto al mensaje difundido por Nestlé en el presente caso

125. Conforme a lo actuado en el expediente y la declaración de ingredientes contenida en el mencionado producto, se observa que está compuesto por: leche parcialmente descremada, maltodextrina, suero dulce de leche, aceite vegetal, emulsionante, saborizante, estabilizantes, vitaminas (C, A y D) y minerales (pirofosfato de hierro y sulfato de zinc).

126. De los insumos mencionados en el numeral anterior, se destaca la presencia de elementos como la maltodextrina y el aceite vegetal.

127. La maltodextrina es un aditivo alimentario⁴⁸ y está compuesta por una mezcla de carbohidratos obtenidos por la hidrólisis del almidón⁴⁹. Por su parte, el aceite vegetal es un producto alimenticio constituido por glicéridos de ácidos grasos obtenidos de fuentes vegetales⁵⁰.
128. Ahora bien, de la constatación de las secciones 3 y 4 del Codex Stan 281-1971 - Norma del Codex para las Leches Evaporadas, se aprecia que estos insumos incorporados en el producto “Reina del Campo” no se encuentran dentro del listado taxativo de aditivos e insumos reconocidos para las leches evaporadas.
129. Con relación a los parámetros previstos en la norma Codex Stan 206-1999 - Norma General Para el Uso de Términos Lecheros, se debe señalar, en primer lugar, que la existencia de elementos como la maltodextrina y el aceite vegetal determina que el mencionado producto no es una secreción mamaria (en este caso, de bovino) sin adiciones o extracciones. Por otra parte, la propia naturaleza de estos insumos, los cuales son de un origen distinto al animal (por ejemplo, el aceite vegetal), implican la adición de elementos que no son constituyentes de la leche, por lo que de conformidad con los numerales 4.2.1 y 4.2.2 del Codex Stan 206-1999, el producto no podría calificar como “leche” ni presentarse como tal.
130. Asimismo, cabe traer a colación que en el procedimiento tramitado bajo los Expedientes 0678-2017/CC2 y 1028-2017/CC2 (acumulados), Nestlé señaló que su producto “Reina del Campo”: (a) no encajaba dentro de la definición de leche, producto lácteo, producto lácteo compuesto o dentro de alguna de las otras definiciones del Codex Stan 206-1999; y, (b) tenía ingredientes no lácteos que sustituían, de forma parcial o total, los componentes de la parte láctea de dicho producto⁵¹.
131. En ese sentido, el mencionado producto no cumple con lo previsto en el inciso 2.3 del numeral 2 de la norma Codex Stan 206-1999 - Norma General para el uso de

⁴⁸ ARTEAGA, Ana y ARTEAGA, Hubert. *Optimización de la capacidad antioxidante, contenido de antocianinas y capacidad de rehidratación en polvo de arándano (Vaccinium corymbosum) microencapsulado con mezclas de hidrocoloides*. En: Scientia Agropecuaria. Núm. 7. Trujillo: 2016. P. 192.

⁴⁹ MONTAÑEZ, José Luis, BARRAGÁN, Blanca y CRUZ, María Teresa. “*Propiedades fisicoquímicas de las maltodextrinas a partir del punto crioscópico de sus soluciones*”. En: Información Tecnológica. Vol, 13. México D.F.: 2002. P. 78.

⁵⁰ Ver numeral 2.2 del Codex Stan 210-1999 – Norma Para Aceites Vegetales Especificados.

⁵¹ Esto consta en su escrito de descargos presentado ante la Comisión de Protección al Consumidor el 3 de julio de 2017. Una copia de dicho escrito ha sido agregada al presente expediente mediante Razón de Secretaría Técnica del 21 de diciembre de 2018.

Términos Lecheros⁵², dado que cuenta con ingredientes no lácteos que sustituyen parcial o totalmente los componentes lácteos del mismo; y, por ende, tampoco podía presentarse como “leche” al amparo de lo dispuesto en el inciso 4.5 del numeral 4 de dicha norma Codex⁵³.

132. Por su parte, conforme lo reconoce el Codex Stan 1-1985 Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados⁵⁴, los agentes económicos no deben consignar en el etiquetado de alimentos, palabras, ilustraciones o representaciones gráficas que puedan generar una idea errónea sobre la naturaleza del producto. Sin embargo, en el presente caso, se aprecia que mediante los elementos publicitarios de la etiqueta del producto “Reina del Campo”, Nestlé trasladó un mensaje engañoso consistente en que dicho producto era leche de vaca (en este caso, evaporada), pese a que esto no resultaba cierto.
133. En primera instancia Nestlé presentó el Informe 005376-2014/DHAZ/DIGESA. De acuerdo con la empresa imputada, este documento indicaría que es posible denominar a un producto como “leche”, en la medida que tenga dicho ingrediente como parte de su composición, y cumpla con señalar el proceso al que fue sometido y los elementos añadidos.
134. No obstante, lo cierto es que, de la revisión del referido informe se aprecia que: (i) está orientado a dilucidar el empleo del término “leche” en la denominación del producto para efectos de los trámites correspondientes a la obtención del registro sanitario respectivo; y (ii) no aborda ni se pronuncia respecto a los elementos publicitarios de la etiqueta, compuestos por las ilustraciones colocadas de forma resaltante en la parte frontal -imágenes de recipientes con un líquido blanco y de un campo con vacas de trasfondo- y las frases señaladas en las caras laterales del producto, como *“Diluir cantidades iguales de la Leche Evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia o fría”* y *“La leche Reina del Campo no reemplaza la leche materna y no debe ser usada para alimentar a niños menores de 24 meses”*.
135. Finalmente, Nestlé señaló que el razonamiento de la Comisión impediría publicitar uno de los ingredientes de su producto. Al respecto, esta Sala precisa que lo sancionado en este caso no implica que los anunciantes se encuentren prohibidos de destacar en su publicidad algún componente de sus productos, sino que, en

⁵² Ver cita al cuerpo hecha en el numeral 119 de la presente resolución.

⁵³ Ver numerales 119 y 120 de la presente resolución.

⁵⁴ Ver cita al cuerpo hecha en el numeral 116 de la presente resolución.

mérito a la disposición de los elementos contenidos en los respectivos empaques, resulta ilícito que se transmita un mensaje publicitario que induzca a error con relación a la naturaleza del alimento anunciado.

136. Por ende, si bien los agentes económicos pueden optar por realizar un determinado ingrediente, tienen el deber de cuidar que lo consignado en la publicidad que decidan difundir en el mercado, no sea pasible de distorsionar la percepción de los destinatarios. Esto, al margen de la intención o finalidad que haya perseguido el anunciante⁵⁵.
137. En tal sentido, corresponde confirmar la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró fundadas las imputaciones hechas contra Nestlé por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.

III.8. Graduación de la sanción

III.8.1 Marco normativo

138. El artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵⁶ establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción. Así, se adoptará determinado criterio en función a la conducta infractora cometida, considerando las particularidades y características de cada caso en concreto.

⁵⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**
Artículo 7.- Condición de licitud.

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.
(...)

⁵⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participen del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

139. Del mismo modo, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 246.3 del TUO de la Ley 27444, que se erige como una regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora⁵⁷. Este principio determina que la Administración impondrá sanciones proporcionales a la infracción cometida y las circunstancias particulares de su realización, de manera tal que la comisión de las conductas punibles no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.
140. En virtud de lo anterior, la aplicación de las reglas antes señaladas permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad que pudiese trasgredir los derechos de los administrados.
141. Ahora bien, un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite tener un rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, ello opera influyendo en las decisiones de los agentes del mercado al impactar negativamente sobre el beneficio derivado de la realización de prácticas ilegales, de modo que dicho beneficio ilícito resulte menor que aquel obtenido de actividades realizadas en el marco de la legalidad⁵⁸. Esto resulta concordante con el principio de razonabilidad antes desarrollado.
142. Sobre la base de esta premisa, un primer factor de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala⁵⁹ está referido al beneficio ilícito,

⁵⁷ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. (...)

⁵⁸ BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, Nº 2, 1968, pp. 169-217. Texto accesible en: <https://olis.leg.state.or.us/liz/2017R1/Downloads/CommitteeMeetingDocument/125036> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2018).

⁵⁹ Al respecto ver: (i) Resolución 119-2008/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.; (ii) Resolución 059-2009/SC1-INDECOPI del 12 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento de oficio contra Quality Products S.A.; (iii) Resolución 0307-2009/SC1-INDECOPI del 14 de mayo de 2009, que resolvió el procedimiento seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Merck Peruana S.A.; (iv) Resolución 0144-2016/SDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2016, correspondiente al procedimiento iniciado por Sociedad Nacional de Industrias contra Industrias Bielsa S.A.C.; (v) Resolución 0245-2017/SDC-INDECOPI del 4 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado por Producción y Mantenimiento del Perú S.A.C. contra Street Media S.A.; (vi) Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Supermercados Peruanos S.A., entre otras.

el cual representa aquella desviación efectiva de la demanda de los consumidores que el infractor ilegalmente atrae hacia sí, producto de la infracción publicitaria cometida.

143. Complementariamente, debe considerarse que cuando un agente económico decide cometer una conducta ilícita, previamente tiene en cuenta la probabilidad de que sea detectado por la autoridad administrativa y, como consecuencia de este hecho, deba asumir como costo el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de multa⁶⁰. En este sentido, la graduación que se realice está sujeta a la detección y sanción de la infracción, la cual, dado el costo de supervisión de los mercados por parte de la autoridad y la dificultad de acceder a la información relevante, se da con cierta probabilidad.
144. Por lo tanto, para lograr un adecuado desincentivo de la conducta infractora, en la determinación de la multa se debe considerar no solo el beneficio derivado de la conducta ilícita, sino también la probabilidad de detección^{61 62}.
145. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que no todas las infracciones tienen la misma probabilidad de detección. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad de detección y, por tanto, una multa mayor; mientras que, si es de más fácil detección, le corresponderá un porcentaje mayor de probabilidad de detección y, con ello, una multa menor.

⁶⁰ Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado, de manera que un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. Op. Cit. Pp. 169-217.

En la misma línea, el profesor argentino Coloma, al explicar la teoría económica de la sanción, precisa el efecto desincentivador que tiene sobre los infractores: "(...) *la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad que esto induce de tener que erogar luego una determinada suma de dinero (en concepto de indemnización o de multa).* COLOMA, Germán. "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio". Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 256.

⁶¹ Por ejemplo, si al infractor solo se le detecta una de cada diez veces que comete una infracción (probabilidad de detección del 10%), para desincentivar dicha conducta, la multa a imponer cuando sea detectado debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito obtenido multiplicado por diez. De lo contrario, el infractor se encontraría compensado con el beneficio ilícito que obtenga las otras nueve veces que no sea detectado por la autoridad.

⁶² Este criterio económico de graduación ha sido recogido en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que reconoce como factores de graduación de la sanción al beneficio ilícito resultante de la infracción y la probabilidad de detección, entre otros. Así, la Sala ha recogido estos factores como los primeros a determinar, por ser acordes con la teoría económica.

146. Formalizando esta lógica, el cálculo de la multa base se realizará aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{Multa base} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

III.8.2 Aplicación al presente caso

147. Con el objeto de cuantificar el beneficio ilícito y pueda ser empleado como criterio para graduar la sanción respectiva, en diversas oportunidades⁶³ la Sala ha evaluado la información existente en el expediente respecto a los ingresos obtenidos por el agente económico infractor en periodos comparables (antes y durante la infracción). Luego de ello, como resultado de dicha comparación, será posible verificar si existe un diferencial positivo que refleje un incremento ilícito en las ventas o los ingresos del infractor.

148. En esa línea, la Comisión señaló que el período no infractor estuvo comprendido entre los meses de **[CONFIDENCIAL]** y que el período infractor se prolongó desde **[CONFIDENCIAL]**, para luego establecer que la diferencia entre los ingresos obtenidos en ambos períodos correspondía al beneficio ilícito por la infracción sancionada.

149. Al respecto, Nestlé alegó lo siguiente: (i) la Comisión habría considerado como parte del período infractor algunos meses que no corresponderían, pues la resolución de imputación de cargos fue notificada el 9 de junio de 2017, (ii) de acuerdo con el Informe 111-2017/GEE, para el cálculo del beneficio ilícito no correspondía emplear los ingresos brutos, sino los ingresos netos, y (iii) no cabía tomar el 100% de la diferencia de los períodos, pues no se conocían otros factores que podían incidir en la decisión de consumo (como los cambios en la demanda o los patrones de consumo).

150. Con relación al primer cuestionamiento de Nestlé, es pertinente tener en cuenta que la configuración de este procedimiento como uno de carácter sancionador⁶⁴,

⁶³ Ver Resoluciones 723-2014/SDC-INDECOPI y 563-2014/SDC-INDECOPI.

⁶⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.-

28.1. El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

determina que la conducta investigada será aquella establecida en la imputación de cargos⁶⁵.

151. La resolución de imputación de cargos constituye entonces un límite con relación a los actos que serán materia de evaluación en el procedimiento. Por lo tanto, el período infractor objeto de sanción en este caso se prolongará desde la fecha que inició de la difusión del empaque hasta la notificación de la resolución de imputación de cargos, considerando que en dicho momento la empresa seguía realizando la conducta cuestionada⁶⁶.
152. Teniendo en cuenta lo expuesto y que la resolución de notificación de cargos fue diligenciada el 9 de junio de 2017, esta Sala considerará dicha fecha para establecer el período infractor, pues no podría extender la sanción aplicable a hechos acaecidos luego de la imputación realizada.

28.2. En el procedimiento sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Quien presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se reputa afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia."

28.3. El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando el acto denunciado se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.

(Artículo modificado por el Decreto Legislativo 1205)

65

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 31.- Resolución de inicio del procedimiento.-

31.1.- La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI -, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

31.2.- La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- a) La identificación de la persona o personas a las que se imputa la presunta infracción;
 - b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
 - c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia;
- Y;
- d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio.
- (..)

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 252.- Caracteres del procedimiento sancionador

252.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

(...)

66

De acuerdo con la información presentada por Reina del Campo en su escrito de descargos del 25 de octubre de 2017, se continuó difundiendo la publicidad infractora hasta, por lo menos, el **[CONFIDENCIAL]**.

153. Por otra parte, se debe tomar en cuenta que el artículo 68 del Decreto Supremo 009-2009-PCM – Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi⁶⁷ establece que la Gerencia de Estudios Económicos es un órgano de apoyo, que tiene como una de sus funciones expedir los informes que sean requeridos por los órganos resolutores del Indecopi.
154. De conformidad con el artículo 12.1 y el literal a) del artículo 21 del Decreto Legislativo 1033 – Ley de Organización y Funciones del Indecopi⁶⁸, las Comisiones y las Salas son órganos resolutores que cuentan con autonomía técnica y funcional, los cuales deberán actuar de conformidad con lo previsto en las normas que regulan el ámbito de su competencia.
155. Lo anterior permite determinar que el Informe 111-2017/GEE (aludido por la empresa apelante) no resulta vinculante, por lo que corresponderá aplicar los factores de graduación de la sanción en función a lo señalado en las normas respectivas y los fundamentos conceptuales antes desarrollados.
156. Esta Sala aprecia que el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶⁹ dispone que la multa a imponer no puede exceder “*el diez por ciento*”

⁶⁷ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI.**

Artículo 68.- Gerencia de Estudios Económicos

La Gerencia de Estudios Económicos es la encargada de brindar el apoyo técnico e información sectorial a los órganos resolutores del INDECOPI, en los ámbitos que estos requieran. Tiene a su cargo la edición de publicaciones especializadas sobre temática de competencia institucional.

La Gerencia de Estudios Económicos depende directamente de la Secretaría General y se encuentra ubicada como órgano de apoyo dentro de la estructura organizativa del INDECOPI.

Son funciones de la Gerencia de Estudios Económicos:

(...)

c) Expedir informes respecto a las características y/o situación de los sectores económicos y/o mercados, que sean requeridos por los órganos resolutores de la Institución;

(...)

⁶⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI.**

Artículo 12.- De las Salas del Tribunal.-

12.1 El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es un órgano con autonomía técnica y funcional constituido por Salas especializadas en los asuntos de competencia resolutoria del INDECOPI. El número y materia de las Salas será determinada por el Consejo Directivo, considerando la especialización y la carga procesal, según lo dispuesto en el artículo 5, literal b) de la presente Ley.

(...)

Artículo 21.- Régimen de las Comisiones.-

Las Comisiones mencionadas en el artículo anterior tienen las siguientes características:

a) Cuentan con autonomía técnica y funcional y son las encargadas de aplicar las normas legales que regulan el ámbito de su competencia;

(...)

⁶⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 52.- Parámetros de la sanción

(10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión”.

157. Así, la norma en mención se refiere expresamente a los ingresos brutos, por lo que no corresponde aplicar un concepto distinto a este, como sería -por ejemplo- los ingresos luego de deducidos los costos e impuestos. Sostener lo contrario significaría que la autoridad administrativa deba cuantificar la rentabilidad específica del infractor por una determinada actividad económica, lo que, a su vez, implica conocer la organización de la empresa, así como sus costos y utilidades, información cuya evaluación resulta ajena a los procedimientos de represión de la competencia desleal, en donde el beneficio obtenido por la comisión de una infracción es empleado solo para aproximar los efectos de la conducta sancionada y aplicar una sanción suficientemente disuasiva.
158. Como se ha señalado, la lógica económica que sustenta el rol disuasivo de la multa está basada en un esquema de incentivos que opera influyendo en las decisiones de los agentes económicos, con la finalidad de impactar negativamente sobre el beneficio derivado de la realización de prácticas ilegales. De este modo, la sanción a imponer debe resultar mayor que el beneficio obtenido de manera ilícita - consistente en la totalidad de los ingresos percibidos por la actividad económica respectiva-, desincentivando la realización de la conducta infractora.
159. Sobre la base de los referidos argumentos, en reiterados pronunciamientos⁷⁰ la Sala ha señalado que corresponde realizar el cálculo del beneficio ilícito considerando los ingresos brutos y no los netos. Por tanto, se desestima lo alegado por Nestlé en este extremo de su apelación.

Artículo 52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
 - d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.
- (...)

⁷⁰ A manera de ejemplo, ver la Resolución 0443-2017/SDC-INDECOPI.

160. Con relación a la proporción del diferencial de ingresos entre los períodos comparados que puede calificar como beneficio ilícito, este Colegiado aprecia que la recurrente no ha presentado evidencia económica que sustente la existencia de factores adicionales a la comisión de la conducta ilícita detectada, que pudieran haber tenido un efecto sustancial sobre sus ventas en el mercado y, de esta manera, contribuyeran al incremento de los ingresos de dicho agente económico en este período infractor **[CONFIDENCIAL]**.
161. En este caso, la publicidad difundida por Nestlé se encuentra vinculada a un elemento fundamental del producto “Reina del Campo”: condición de “leche de vaca”. Por lo tanto, al verificarse: (i) una variación en las ventas del producto durante el tiempo que se difundió la publicidad infractora y, (ii) que la única diferencia significativa entre el período infractor y aquel anterior a los hechos imputados es la difusión de la publicidad en envase que ha sido cuestionada; resulta lógico que la integridad de este diferencial sea atribuida a la difusión de la publicidad ilícita.
162. Por consiguiente, la Sala considera que el monto sobre el cual se calcula el beneficio ilícito obtenido por la realización de la conducta desleal está compuesto por el cien por ciento (100%) de la diferencia de los ingresos brutos derivados de la venta del producto “Reina del Campo” correspondientes al período no infractor de **[CONFIDENCIAL]** y al período infractor de **[CONFIDENCIAL]**; lo cual asciende a la suma de **[CONFIDENCIAL]** equivalente a **[CONFIDENCIAL]** UIT⁷¹.
163. Respecto a la probabilidad de detección, la Comisión indicó que esta era de 90%, pues la publicidad infractora fue difundida mediante un medio de alta llegada al consumidor, como es el propio empaque del producto.
164. En su recurso de apelación, Nestlé alegó que correspondía aplicar una probabilidad de detección del cien por ciento (100%), pues -a su criterio- la publicidad infractora podía ser detectada por la autoridad y los consumidores con facilidad.
165. Sobre el particular, este Colegiado estima pertinente considerar el porcentaje de probabilidad de detección que se ha aplicado en anteriores pronunciamientos, en los cuales se haya sancionado materias similares a la analizada en el presente caso.

⁷¹ El valor de la UIT al año 2017 fue de S/ 4'050.00.

166. De esta forma, en un caso anterior en el cual se evaluó la sanción a imponer a una empresa por la comisión de actos de engaño a través de publicidad en el empaque de un determinado yogurt, se consideró que la probabilidad de detección era del **[CONFIDENCIAL]**⁷². En la medida que la infracción cometida por Nestlé comparte similitud en cuanto al origen del producto y el tipo de soporte empleado (publicidad en el empaque de un producto con componentes lácteos), la Sala considera que resulta pertinente aplicar en el presente caso un porcentaje equivalente para efectos de la probabilidad de detección.
167. A lo anterior, resulta pertinente agregar que la probabilidad de detección no podría ser del 100%, considerando los inherentes costos de supervisión y el conocimiento técnico que requiere la evaluación de la composición de este producto para verificar si podía presentarse como “leche de vaca” sobre la base de determinados parámetros normativos (por ejemplo, la Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados – Codex Stan 1-1985, la Norma del Codex para las Leches Evaporadas – Codex Stan 281-1971 y, la Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros – Codex Stan 206-1999).
168. De acuerdo con la fórmula descrita en el numeral 146 de la presente resolución, la aplicación del beneficio ilícito antes establecido y el **[CONFIDENCIAL]** de probabilidad de detección, se obtiene el siguiente resultado:

$$\frac{[\text{CONFIDENCIAL}]UIT}{[\text{CONFIDENCIAL}]} = 304.89 \text{ UIT}$$

169. Finalmente, en su recurso de apelación Nestlé alegó que la Comisión habría incurrido en un vicio al calificar la infracción como “grave” y establecer una multa que excedía el límite máximo previsto para las infracciones con dicha gravedad.
170. En efecto, el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal recoge los tipos de gravedad que pueden tener las infracciones a dicha norma y sus respectivos límites máximos para la determinación de la sanción aplicable. Asimismo, no se puede dejar de observar que el artículo 53 de la mencionada norma señala que la autoridad “(...) *podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios: a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción; b) la probabilidad de detección de la infracción; c) la modalidad y el alcance del acto de competencia desleal; d) la dimensión del mercado afectado; e)*”

⁷² Ver la Resolución 2254-2013/SDC-INDECOPI del 3 de diciembre de 2013.

la cuota de mercado del infractor; f) el efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios; g) la duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y, h) la reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal”.

171. Por lo tanto, la calificación de una conducta como “leve”, “grave” o “muy grave” estará sujeta a la valoración de los diversos criterios reconocidos enunciativamente por la Ley de Represión de la Competencia Desleal y cualquier otro factor que motivadamente la autoridad estime pertinente aplicar.
172. Siendo así, la Comisión determinó que en función al beneficio ilícito y probabilidad de detección -los cuales son criterios establecidos en los literales a) y b) del artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal- la sanción era de 501.91 UIT; sin embargo, calificó la infracción como “grave” y no “muy grave”, como correspondería al tratarse de una conducta cuya afectación ha sido cuantificada en un monto superior a las 250 UIT, cifra límite para las infracciones “graves”⁷³. Por lo tanto, se advierte que la primera instancia incurrió en un vicio de nulidad, de conformidad con el artículo 10.1 del TUE de la Ley 27444⁷⁴, en la medida que no estableció la gravedad de la sanción en función a los parámetros normativamente establecidos.
173. No obstante, como se puede apreciar del cálculo efectuado por esta Sala en el numeral 168 de la presente resolución, la sanción final aplicable a Nestlé en esta segunda instancia asciende a 304.89 UIT, por lo que se encuentra dentro del parámetro de “muy grave” (entre las 251 y 700 UIT). En consecuencia, aun en el supuesto que la Comisión no hubiese incurrido en el vicio antes señalado (esto es, si hubiese calificado adecuadamente la infracción como “muy grave”) el resultado sería el mismo, pues se aplicaría el parámetro legal antes descrito.

⁷³ Ver nota al pie 69 de la presente resolución.

⁷⁴ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**
Artículo 10.- Causales de nulidad.
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
(...)

174. En consecuencia, dicho error no es trascendente, por lo que de conformidad con el artículo 14.2.4 del TUO de la Ley 27444⁷⁵, se dispone la conservación de la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI.
175. De conformidad con lo expuesto en los fundamentos precedentes, corresponde modificar la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI en el extremo referido a la graduación de la sanción y, en tal sentido, se impone a Nestlé una multa de trescientos cuatro punto ochenta y nueve (304.89) UIT.

III.9. Sobre los demás extremos de la resolución impugnada

176. Mediante Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI, la Comisión halló responsable a Nestlé por la realización de actos de engaño, y además de la sanción respectiva: (i) ordenó en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto “Reina del Campo” que dé a entender a los consumidores que el referido producto es leche de vaca mediante el uso de imágenes del referido animal vacuno y/o la utilización de la imagen de una señora en el campo con sombrero y cántaros, y ello no sea cierto, (ii) dispuso que Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Asociación de Protección al Consumidor del Perú y Asociación Civil Más que Consumidores participen, de manera proporcional, del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta, y (iii) condenó a Nestlé al pago de las costas y costos incurridos por las asociaciones en el presente procedimiento.
177. En tal sentido, siendo que se ha confirmado la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI en el extremo que halló responsable a Nestlé por la comisión de actos de engaño, y en la medida que las partes no han presentado argumentos que cuestionen la medida correctiva ordenada, la condena de costas y costos, así como la participación en la multa impuesta, corresponde confirmar el referido pronunciamiento en los extremos antes indicados.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

⁷⁵ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 14.- Conservación del acto.

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

(...)

PRIMERO: confirmar la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, en el extremo que declaró fundada la imputación contra Nestlé Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: modificar la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017 en el extremo que sancionó a Nestlé Perú S.A. con una multa de quinientos uno punto noventa y uno (501.91) Unidades Impositivas Tributarias y, reformándola, sancionar a la referida empresa con una multa de trescientos cuatro punto ochenta y nueve (304.89) Unidades Impositivas Tributarias.

TERCERO: confirmar la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017 en los extremos que: (i) ordenó una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto “Reina del Campo” que dé a entender a los consumidores que el referido producto es leche de vaca mediante el uso de imágenes del referido animal vacuno y/o la utilización de la imagen de una señora en el campo con sombrero y cántaros, y ello no sea cierto; (ii) dispuso que Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Asociación de Protección al Consumidor del Perú y Asociación Civil Más que Consumidores participen, de manera proporcional, del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta, y (iii) condenó a Nestlé Perú S.A. al pago de las costas y costos incurridos por las denunciadas en el presente procedimiento.

CUARTO: requerir a Nestlé Perú S.A. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 203 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS⁷⁶, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya, y el voto en discordia de la señora Silvia Lorena Hooker Ortega.

⁷⁶ DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 203.- Ejecución forzosa
Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:
(...)
4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

ANEXO 1

Sección 3 del Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas

NORMA PARA LAS LECHEES EVAPORADAS.

CXS 281-1971.

“3. FACTORES ESCENCIALES DE COMPOSICIÓN Y CALIDAD

3.1 Materias primas

Leche y leches en polvo, nata (crema) y natas (cremas) en polvo¹ y productos a base de grasa de leche.

Para ajustar el contenido de proteínas, podrán utilizarse los siguientes productos lácteos:

- Retentado de la leche: El retentado de la leche es el producto que se obtiene de la concentración de la proteína de la leche mediante ultrafiltración de leche, leche parcialmente desnatada (descremada), o leche desnatada (descremada);
- Permeado de la leche: El permeado de la leche es el producto que se obtiene de la extracción de la proteína y la grasa de la leche mediante ultrafiltración de leche, leche parcialmente desnatada (descremada), o leche desnatada (descremada);
- Lactosa.

3.2 Ingredientes autorizados

- Agua potable
- Cloruro de sodio

3.3 Composición

Leche evaporada

| | |
|--|----------|
| Contenido mínimo de materia grasa de la leche | 7,5% m/m |
| Contenido mínimo de extracto seco de la leche(a) | 25% m/m |
| Contenido mínimo de proteínas de la leche en el extracto seco magro de la leche(a) | 34% m/m |

Leche evaporada desnatada (descremada)

| | |
|--|---------|
| Contenido máximo de materia grasa de la leche | 1% m/m |
| Contenido mínimo de extracto seco de la leche(a) | 20% m/m |
| Contenido mínimo de proteínas de la leche en el extracto seco magro de la leche(a) | 34% m/m |

Leche evaporada parcialmente desnatada (descremada)

| | |
|--|------------------------------------|
| Materia grasa de la leche | más del 1% y menos del 7,5% m/m |
| Contenido mínimo de extracto seco magro de la leche(a) | 20% m/m |
| Contenido mínimo de proteínas de la leche en el extracto seco magro de la leche (a) | 34% m/m |

Leche evaporada de elevado contenido de grasa

| | |
|---|-----------|
| Contenido mínimo de materia grasa de la leche | 15% m/m |
| Contenido mínimo de extracto seco magro de la leche(a) | 11,5% m/m |
| Contenido mínimo de proteínas de la leche en el extracto seco magro de la leche(a) | 34% m/m. |

(a) El contenido de extracto seco y de extracto seco magro de la leche incluye el agua de cristalización de la lactosa."

ANEXO 2

Sección 4 del Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas

NORMA PARA LAS LECHEs EVAPORADAS.

CXS 281-1971.

“4. ADITIVOS ALIMENTARIOS

Solo podrán utilizarse los aditivos alimentarios que se indican a continuación, y únicamente en las dosis establecidas.

| Nº del SIN | Nombre del aditivo | Nivel máximo | |
|-----------------------------------|---------------------------|--|-----------|
| Reforzadores de la textura | | | |
| 508 | Cloruro de potasio | 2 000 mg/kg solos o 3 000 mg/kg mezclados, expresados como sustancias anhidras | |
| 509 | Cloruro de calcio | | |
| Estabilizantes | | | |
| 331 | Citratos de sodio | 2 000 mg/kg solos o 3 000 mg/kg mezclados, expresados como sustancias anhidras | |
| 332 | Citratos de potasio | | |
| 333 | Citratos de calcio | | |
| Reguladores de la acidez | | | |
| 170 | Carbonatos de calcio | 2 000 mg/kg solos o 3 000 mg/kg mezclados, expresados como sustancias anhidras | |
| 339 | Fosfatos de sodio | | |
| 340 | Fosfatos de potasio | | |
| 341 | Fosfatos de calcio | | |
| 450 | Difosfatos | | |
| 451 | Trifosfatos | | |
| 452 | Polifosfatos | | |
| 500 | Carbonatos de sodio | | |
| 501 | Carbonatos de potasio | | |
| Espesante | | | |
| 407 | Carragenina | | 150 mg/kg |
| Emulsionante | | | |
| 322 | Lecitinas | Limitado por las BPF | |

(...)”

En este caso, el presente voto en discordia de la vocal Silvia Lorena Hooker Ortega es que se revoque la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, mediante la cual se declararon fundadas las denuncias en contra de Nestlé Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño por la difusión de la publicidad en empaque del producto “Reina del Campo”, en la medida que presuntamente daría a entender que el producto sería “leche de vaca”, en mérito a los siguientes argumentos:

1. La Vocal que suscribe el presente voto en discordia, discrepa de la posición del voto en mayoría, con relación a la interpretación del mensaje publicitario transmitido por Nestlé, el mismo que debe ser analizado desde el punto de vista del destinatario del anuncio y lo que este razonablemente interpretaría al estar expuesto a una publicidad en empaque.
2. Al respecto, es pertinente resaltar que la información contenida en el empaque de un producto puede tener carácter publicitario o pertenecer al ámbito del rotulado. En este segundo supuesto, la autoridad en materia de protección al consumidor verificará que la información consignada de forma neutra en el etiquetado del producto respectivo sea correcta, la cual -de ser el caso- podría contar con la autorización de la autoridad competente, tratándose de productos sujetos a regulación sectorial.
3. Con relación a los aspectos publicitarios del empaque, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, son las autoridades encargadas de conocer las infracciones al Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal como, por ejemplo, la difusión de publicidad engañosa o que transgreda la normativa sectorial correspondiente.
4. Siendo así, determinados elementos propios del ROTULADO autorizado en un producto pueden formar parte de la PUBLICIDAD en empaque, en caso sean ubicados de manera visible junto a los elementos que buscan resaltar las cualidades del producto, más aún si dicha información es expuesta de forma clara y visible en la parte frontal del envase.
5. Mediante el presente voto en discordia, se analizará la publicidad difundida en el tarro que contiene el producto “Reina del Campo”, bajo la denominación “*Leche evaporada parcialmente descremada con maltodextrina, suero de leche y aceite vegetal enriquecida con vitaminas y minerales*”⁷⁷. En tal sentido, se determinará lo transmitido por la publicidad de manera superficial e integral y si este mensaje

⁷⁷ Denominación aprobada en el rotulado autorizado por DIGEMID, tal como obra en el Certificado 5159-2014 emitido por la referida entidad, mediante el cual se autorizó la inscripción con el Registro Sanitario A3000114N/NANSPR del producto “Reina del Campo”.

efectivamente difundido en el mercado coincide con aquel consignado por la autoridad en primera instancia en su imputación de cargos.

6. Para ello, es pertinente citar las imputaciones de cargos efectuadas en cada uno de los expedientes acumulados en este caso⁷⁸:

Expediente 098-2017/CCD

“PRIMERO: ADMITIR a trámite la denuncia presentada por Instituto de Derecho Ordenador de Mercado – IDOM, Caudal Instituto de Protección al Consumidor, Instituto Proyecto Solidario Global, Asociación Civil Constructores de Paz, Asociación de Protección al Consumidor del Perú – APAC, Asociación Civil Más que Consumidores, Defensoría del Consumidor – ADEC, Centro de Protección al Ciudadano Equidad y Consumers Associated con fecha 6 de junio de 2017 y, en consecuencia, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la presente resolución, IMPUTAR a Nestlé Perú S.A. la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a lo siguiente: (...) La imputada estaría difundiendo publicidad en empaque del producto “Reina del Campo”, que contendría la imagen de dos vacas en el campo, lo que se sumaría una mujer con un recipiente y un balde que contendría leche, lo cual daría a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando en realidad ello no sería cierto.”

Expediente 193-2017/CCD

“PRIMERO: ADMITIR a trámite la denuncia presentada por el señor Juan Carlos Vallejos Arrieta con fecha 24 de agosto de 2017 y, en consecuencia, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la presente resolución, IMPUTAR a Nestlé Perú S.A. la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a lo siguiente: (...) La imputada estaría difundiendo publicidad en empaque del producto “Reina del Campo”, que contendría las siguientes frases: “La leche Reina del Campo no reemplazará a la leche materna” y “Diluir cantidades iguales de Leche Evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia”, lo cual daría a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando en realidad ello no sería cierto.”

7. De la revisión del producto “Reina del Campo”, se aprecia que contiene las imágenes y afirmaciones materia de imputación, las cuales se encuentran distribuidas de forma destacada en diversas partes de la respectiva etiqueta. Por tanto, corresponde analizar tales elementos de acuerdo con el contexto en el que han sido difundidos, a fin de determinar si la referida pieza publicitaria transmite a los demás agentes del mercado que el producto anunciado se trata de “Leche de Vaca” en el entendido de leche pura de vaca.

⁷⁸ Como se puede apreciar de las citas al cuerpo hechas en la presente resolución, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió dos resoluciones de imputación de cargos, en atención a las denuncias interpuestas contra Nestlé (Expedientes 098-2017/CCD y 193-2017/CCD), las cuales fueron acumuladas por el órgano instructor.

8. En este caso, además de los elementos gráficos del empaque (tales como la imagen de un campo verde en el que se encuentran dos vacas y, en un primer plano, la ilustración de una mujer con una vasija marrón con un líquido blanco, así como un balde con un líquido blanco) y las frases que resaltan sus características (por ejemplo, tener vitaminas y minerales) se observa de forma clara y visible que, en la parte captatoria de dicha publicidad en empaque, la frase “LECHE EVAPORADA PARCIALMENTE DESCREMADA CON MALTODEXTRINA, SUERO DE LECHE Y ACEITE VEGETAL ENRIQUECIDA CON VITAMINAS Y MINERALES”, la cual describe expresamente su composición y naturaleza. Lo antes señalado, permite que la publicidad transmita de forma clara, fácil y directa, que se trata de una leche con mezclas de otros ingredientes y aditivos, por lo que el consumidor expuesto no podría considerar estar frente a una leche pura de vaca.
9. Cabe resaltar que la maltodextrina y el aceite vegetal no constituyen elementos propios de una leche pura de vaca, por lo que, si hubieran sido incluidos en el producto “Reina del Campo” sin alguna indicación al respecto, se podría haber inducido a error a los destinatarios del mensaje. Sin embargo, en el presente caso, la presencia de dichos ingredientes y aditivos de origen vegetal añadidos a la leche de vaca ha sido debidamente informada a los consumidores, por lo que al escoger el producto en cuestión no podrían abstraerse de conocer la naturaleza del producto ofertado.
10. Adicionalmente, resulta pertinente considerar que el mercado de los lácteos en el Perú ha crecido de manera importante en la última década, diversificando la oferta de productos puestos a disposición del consumidor⁷⁹. Lo anterior ha generado que exista una amplia variedad de marcas y productos para escoger, de manera que los consumidores pueden buscar aquellos alimentos que mejor se ajusten a sus necesidades en función a sus características diferenciadas.
11. Este nuevo escenario (cada vez más acentuado en nuestro mercado) implica que los consumidores no solo perciban las imágenes de la etiqueta que buscan resaltar alguna característica del producto, sino que también atiendan a la información consignada en el envase respectivo y que se presenta de forma complementaria con los elementos gráficos y escritos persuasivos que componen la publicidad, como en este caso, sería la indicación de que este producto lácteo se ofrece de forma evaporada, parcialmente descremada con maltodextrina y aceite vegetal.
12. Lo antes señalado se ve reforzado por el contraste existente entre el producto anunciado mediante la etiqueta cuestionada y aquellos que, efectivamente, buscan

⁷⁹ A manera de referencia, ver <https://gestion.pe/economia/produccion-leche-peru-aumento-100-000-toneladas-ano-235009>.

diferenciarse al presentarse como “leche de vaca”. Ello responde al hecho de que esto último constituye un valor agregado, que se ve reflejado en el precio y perfil del consumidor a quien está dirigido el respectivo producto, por lo que, en la práctica del mercado, constituye una característica expresamente destacada⁸⁰.

13. En suma, es claro que estamos ante un **alimento de origen lácteo**, conforme es evocado por la imagen de líquido blanco en un cántaro y un balde (junto a la ilustración de vacas en un campo), así como por la mención de la palabra “leche” como parte de su composición. No obstante, también es evidente que es un producto industrializado, por lo que los destinatarios no podrían asumir de forma espontánea que se trate de un alimento en estado natural o sin ninguna alteración en su composición, más aún si la información de su contenido está consignada de forma destacada en la parte captatoria de la etiqueta a través de la cual se difunde la pieza publicitaria cuestionada.
14. Por lo tanto, el mensaje transmitido es que se trata de un producto de origen lácteo, presentado de forma evaporada (pues requiere de una preparación posterior para su consumo, consistente en la adición de agua), que está compuesto por diversos elementos y ha sido sometido a un proceso de industrialización. En tal sentido, aquellas personas que se ven expuestas a la publicidad de dicho empaque (el cual, por su naturaleza, solo puede ser apreciado cuando se está frente al producto) entenderán que este alimento no es leche de vaca en su integridad (en el sentido de leche pura de vaca), sino que tiene leche como parte de sus componentes (lo que, en este caso, es cierto), así como otros insumos y aditivos de origen vegetal.
15. Por lo tanto, en la medida que el empaque evaluado no transmite el mensaje presuntamente engañoso materia de imputación, considero que el caso es infundado.
16. En atención a las consideraciones expuestas, mi voto es que se revoque la resolución apelada que halló responsable a Nestlé por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño respecto de la difusión del mensaje antes señalado y, reformándola, declarar las denuncias infundadas.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vocal

⁸⁰ Como por ejemplo, productos de la línea “Danlac” (a manera de referencia, ver <https://www.plazavea.com.pe/leche-fresca-danlac-botella-900ml/p>) o el producto “Gloria Leche Evaporada” en su presentación en lata azul (ver <https://www.plazavea.com.pe/leche-evaporada-gloria-azul-lata-400g/p>).